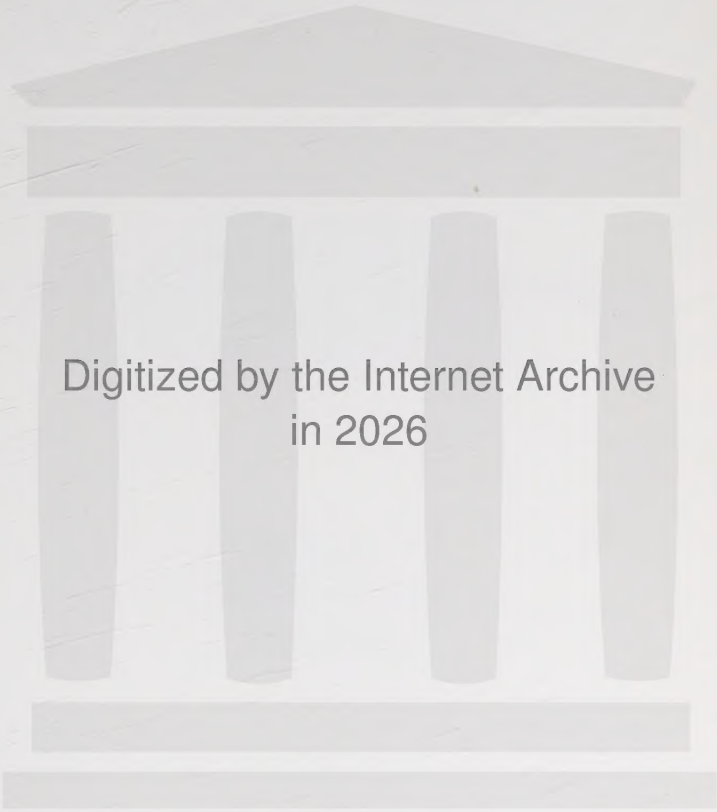
DIE VERPFLICHTENDE WIRKUNG ÜBLICHER LEISTUNGEN IM ARBEITSRECHT

Dieter Bollacher

1964

7985



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547601_0033

DIE VERPFLICHTENDE WIRKUNG ÜBLICHER LEISTUNGEN IM ARBEITSRECHT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Dieter Bollacher

aus Heilbronn

1964

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

Dekan:	Professor Dr. Ferdinand Elsener
1. Berichterstatter:	Professor Dr. Ernst Steindorff
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Dr. Erich Fechner

Tag der mündlichen Prüfung: 15. 7. 1964

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
§ 1	Einleitung	1
	I. Thema	1
	II. Abgrenzung	1
	III. Methode	2
Teil I	Der erklärungsbedürftige Tatbestand	3
§ 2	Begriffe	3
	I. Leistung	3
	II. Üblichkeit	3
§ 3	Tatbestände und Rechtsfolgen in der Rechtsprechung als Grundlage der Untersuchung	4
	I. Individuelle Tatbestände	4
	II. Kollektive Tatbestände	5
	1. Entstehung einer neuen Übung	5
	2. Betriebseinheitlichkeit der Übung	8
	3. Die Geltung der Übung für Neueintretende	8
	4. Der Vorbehalt des Arbeitgebers	9
	5. Der innere Wille des Arbeitgebers	14
	6. Die Lösbarkeit der Bindung	15
§ 4	Acht Musterfälle	18
§ 5	Gleichbehandlung und betriebliche Übung	19
	I. Gemeinsamkeiten	19
	II. Abgrenzung	20
	1. Die reinen Fälle	20
	2. Die Überschneidungstatbestände	22
	3. Die zeitliche Wirkung des Gleichbehandlungsgebotes	25
Teil II	Die dogmatische Erfassung der Erscheinung	35
Vorbemerkung		35
Kapitel 1	Betriebliche Übung als Rechtsnorm	36
§ 6	Neue Rechtsquellen als Entstehungsgrund der Ansprüche aus betrieblicher Übung	36
	I. Die normative Kraft des Faktischen	36
	II. Die konkrete Ordnung des Betriebes (RAG, Denecke)	39
	III. Die normative Kraft des Typischen (Galperin)	43
§ 7	Herkömmliche Rechtsquellen als Entstehungsgrund der Ansprüche aus betrieblicher Übung	45
	I. Betriebliche Übung als Gesetzesrecht (Fechner)	45
	II. Betriebliche Übung als Gewohnheitsrecht	48

1. Betriebliches Gewohnheitsrecht 48
2. Gewohnheitsrecht durch Gerichtsgebrauch 53
III. Betriebliche Übung als autonome betriebliche Ordnung (LAG Bremen, Brecht) 56

Kapitel 2 Betriebliche Übung und rechtsgeschäftliche Vereinbarung 59
§ 8 Die betriebliche Übung als stillschweigender Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (h. L.) 59
I. Entstehung einer betrieblichen Übung 59
II. Geltung der Übung für Neueintretende 68
§ 9 Einfluß der betrieblichen Übung auf Auslegung und Ergänzung des Arbeitsvertrages 69
I. Vertragsauslegung 70
1. Entstehung einer betrieblichen Übung 70
2. Geltung der Übung für Neueintretende (h.L.) 71
II. Vertragsergänzung (Sieg) 74
1. Der Vergleich mit den AVB 75
2. Entstehung einer betrieblichen Übung und Geltung der Übung für Neueintretende 77
III. Die Rolle des § 612 BGB 78
1. Entstehung einer betrieblichen Übung 79
2. Geltung der Übung für Neueintretende 79

Kapitel 3 Betriebliche Übung und Selbstbindung des Arbeitgebers 81
§ 10 Die freiwillige Selbstbindung 81
I. Betriebliche Übung als stillschweigende Gesamtzusage (Hilger) 81
II. Betriebliche Übung als stillschweigend gesetzte Norm (Bötticher) 85
III. Betriebliche Übung als stillschweigende Konkretisierungserklärung (Nikisch) 88
§ 11 Die unfreiwillige Selbstbindung entsprechend der behördlichen Selbstbindung durch Verwaltungsbrauch (Zeuner) 92

Kapitel 4 Betriebliche Übung und Vertrauensschutz 98
§ 12 Vertrauen in die Nichtausübung von Rechten 100
I. Venire contra factum proprium (Staudinger-Weber) 100
II. Verwirkung (BAG) 103
§ 13 Vertrauen als anspruchsbegründendes Element 105
I. Ersitzung 105
II. Rechtsschein (Weichner) 107

Kapitel 5 Lösung 111
Vorbemerkung 111
§ 14 Grundsätzliches 111
I. Die Problematik 111
II. Richtungsweisende Erwägungen 112
§ 15 Die Üblichkeit als sozialtypisches Verhalten 114

I. Der individuelle Tatbestand 114
1. Die verpflichtungsbegründenden Elemente 114
2. Verhaltensform und Charakter der Leistungen 114
3. Notwendigkeit einer vertraglichen Erfassung 116
4. Vertragsabschluß, normierter Tatbestand, sozialtypisches Verhalten 117
5. Die Übung im Arbeitsrecht als sozialtypisches Verhalten 122
6. Bedeutung der Lösung 124
7. Ergebnis 125
II. Die betriebliche Übung 126
1. Die verpflichtungsbegründenden Elemente 126
2. Der Unterschied zu den individuellen Tatbeständen 126
3. Die betriebliche Übung als sozialtypisches Verhalten 128
4. Bedeutung der Lösung 128
5. Ergebnis 130
§ 16 Der Vorbehalt 131
I. Das Problem 131
II. Kein verpflichtungshindernder Vorbehalt 132
III. Der Widerrufsvorbehalt 134
IV. Ergebnis 136
§ 17 Die Betriebseinheitlichkeit 136
I. Die einheitliche Wirkung der Normierung 136
II. Einheitliche Geltung des Vorbehalts 137

Teil III Die Rechtsfolgen 140
§ 18 Unbeachtlichkeit des Willens, Vorbehalt, Betriebseinheitlichkeit der Übung 140
I. Die Bindung entsteht ohne den Willen des Arbeitgebers 140
II. Die Bindung entsteht gegen den Willen des Arbeitgebers 140
1. Die zusätzlichen Leistungen im allgemeinen 141
2. Das Ruhegeld im besonderen 142
III. Die Betriebseinheitlichkeit 142
§ 19 Die Abdingbarkeit der betrieblichen Übung 143
§ 20 Die Beseitigung der Übung und der aus ihr entstandenen Ansprüche 145

I. Vorbemerkung 145
II. Individualrechtliche Beseitigungsmöglichkeiten im Einvernehmen mit den Arbeitnehmern 148
1. Ausdrücklicher Einzelvertrag 148
2. Tatsächliche Änderung oder Einstellung der Übung 148
III. Individualrechtliche Beseitigungsmöglichkeiten bei Widerspruch der Arbeitnehmer 150
1. Kein einseitiges Lossagungsrecht 150
2. Änderungskündigung 151
IV. Kollektivrechtliche Beseitigungsmöglichkeiten 154
1. Kein kollektives Kündigungsrecht 154
2. Betriebliche Übung und nachfolgender Kollektivvertrag 154
3. Tarifvertrag 156
4. Betriebsvereinbarung 157

Abkürzungsverzeichnis VII
Literaturverzeichnis IX

§ 1 EINLEITUNG

I. Seit der Jahrhundertwende läßt sich im Arbeitsleben immer häufiger beobachten, daß Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern freiwillig Gratifikationen, Ruhegelder, Lohnzulagen oder andere zusätzliche Leistungen gewähren, zu denen sie nach Gesetz, Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag nicht verpflichtet sind.

Zunächst sah man diese Leistungen ihrem Ursprung nach schlechthin als freiwillige Leistungen des Arbeitgebers an. Der Arbeitgeber konnte sie folglich auch jederzeit wegfallen lassen. Zwischen den beiden Kriegen bahnte sich aber in der Rechtsprechung eine neue, folgenreiche Entwicklung an [1]. Zwar soll auch nach der nun einsetzenden Auffassung der Arbeitgeber frei darüber entscheiden können, ob er Gratifikationen, Ruhegelder, Lohnzulagen oder andere zusätzliche Leistungen gewähren will. Tut er aber den entscheidenden Schritt, entschließt er sich zur Zahlung und gewährt er darauf eine Zeitlang die Leistungen so regelmäßig, daß sie üblich werden, so verliert er seine anfängliche Freiheit. Er wird verpflichtet, die seitherigen Leistungen auch in Zukunft zu gewähren.

Diese Verpflichtung des Arbeitgebers, die sich an die Üblichkeit der Leistungen anzulehnen scheint, ist inzwischen im Ergebnis von Rechtsprechung und Lehre einhellig anerkannt worden. Sie hat vor allem im Rahmen der betrieblichen Übung eine weitreichende praktische Bedeutung erlangt und bildet heute einen festen Bestandteil des geltenden Arbeitsrechts. Dagegen ist die dogmatische Begründung der entstehenden Verpflichtung bis heute noch nicht zufriedenstellend gelungen.

II. Die folgende Untersuchung befaßt sich mit der verpflichtenden Wirkung üblicher Leistungen im Arbeitsrecht. Sie untersucht damit, wie sich die Bindung des Arbeitgebers und einige andere, damit zusammenhängende Fragen dogmatisch begründen und in das System des geltenden Rechts einordnen lassen, um so zur Lösung der noch offenen Fragen beizutragen. Für die Abgrenzung des Themas bedeutet dies negativ:

1. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bilden die Ergebnisse der Rechtsprechung, soweit sie allgemein anerkannt und als geltendes Recht zu betrachten sind. Insoweit soll nicht versucht werden, die Rechtsprechung zu korrigieren.

2. Die Untersuchung der verpflichtenden Wirkung üblicher Leistungen beschränkt sich auf das Arbeitsrecht. Soweit etwa im öffentlichen Recht [2] oder im

---

1) Die erste Entscheidung des RAG (RAG ARS 6/203 ff) stammt aus dem Jahre 1929.

2) Man denke etwa an den Verwaltungsbrauch und an die daraus entspringenden Verpflichtungen der Behörde (vgl. hierzu Wolff, 145).

Mietrecht [3] ähnliche Probleme auftauchen, werden sie nur gestreift, wenn es die Behandlung des arbeitsrechtlichen Problems verlangt.

3. Soweit die Problematik in die Frage nach der Rechtsgeltung der betrieblichen Übung einmündet, wird nur die Übung zugunsten der Arbeitnehmer erörtert. Die Übung zu Lasten der Arbeitnehmer soll außer Betracht bleiben. Sie klingt nur dort an, wo es um die Aufhebung einer den Arbeitnehmern günstigen Übung geht. [4]

4. Die Untersuchung will ferner nicht allen denkbaren vertraglichen oder betrieblichen Bräuchen nachgehen. Entsprechend ihrer überragenden praktischen Bedeutung werden nur solche Bräuche behandelt, die sich auf Grund wiederholter Leistungsgewährung entwickeln. [5]

III. Die Methode der Untersuchung wird durch ihre Zielsetzung bestimmt. Es soll nicht aus rein dogmatischen Erwägungen heraus eine in sich unangreifbare Theorie entwickelt werden, der dann die Wirklichkeit notfalls angepaßt werden müßte. Vielmehr wird von den einzelnen Fällen ausgegangen und nach einer Theorie gesucht, die die allgemein anerkannten Rechtsfolgen möglichst sachgerecht und ungezwungen mit dem System des geltenden Rechts in Einklang bringen kann.

---

3) Zahlt ein Mieter jahrelang zuviel Miete, so wird er daraus auch für die Zukunft verpflichtet. RG JW 1934/1644, 1645.

4) Dies rechtfertigt sich deshalb, weil es sich hier nicht um die Bindung dessen handelt, der aus eigenem Entschluß eine Übung einführt.

5) Außer Betracht bleiben deshalb Bräuche des Kündigungs- oder Betriebsverfassungsrechts: so kann es etwa im Betrieb üblich sein, bei bestimmten Ereignissen nicht zu kündigen, oder Erklärungen in bestimmter Weise bekannt zu machen. Auch können sich Übungen hinsichtlich der Sprechstunden des Betriebsrats in einem nicht unter § 38 BetrVG fallenden Kleinbetriebs entwickeln.

T E I L I

DER ERKLÄRUNGSBEDÜRFTIGE TATBESTAND

§ 2 BEGRIFFE

I. Unter Leistungen sind alle geldwerten Zuwendungen des Arbeitgebers zu verstehen [1]. Im Mittelpunkt der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung stehen die sogenannten Sozialleistungen [2]. Dazu gehören vor allem Weihnachts- und Abschlußgratifikationen, Tantiemen, Treueprämien, Beihilfen aller Art und Ruhegelder [3]. Daneben stehen solche Leistungen, die man als Arbeitsentgelt im engen Sinne [4] ansprechen kann, wie freiwillige Lohnzulagen, Doppeldienstentschädigungen und pauschalierte Überstundenvergütungen. Entscheidend dafür, ob eine Leistung der einen oder anderen Gruppe zuzurechnen ist, ist der Zweck, dem die Leistung vorwiegend dienen soll [5]. Da der Entgeltcharakter, insbesondere bei Gratifikationen immer mehr in den Vordergrund rückt [6], wird man echte Sozialleistungen nur noch selten finden.

II. Leistungen sind dann üblich, wenn sie der Arbeitgeber eine Zeitlang regelmäßig und wiederholt gewährt [7]. Dabei gibt es zwei Möglichkeiten:

---

1) Der Begriff der hier untersuchten Leistungen ist also enger als der in § 241 BGB.

2) Dies gilt auch heute noch, wie eine Durchsicht der Rechtsprechung zeigt. Vgl. im einzelnen die Rechtsprechungsübersicht unten § 3.

3) Vgl. die Rechtsprechungsübersicht unten § 3 und Molitor, freiwillige Gratifikationen B 50/315.

4) Sie sollen den Arbeitnehmer unmittelbar für die geleistete Arbeit entlohnen und entspringen dem Bemühen nach gerechtem Lohn für geleistete Arbeit, nicht einer Sorge um die Person des Arbeitnehmers.

5) Es kommt also nicht auf die Freiwilligkeit oder die Bezeichnung oder den konkreten Anlaß, sondern auf den überwiegenden Zweck an. Nur wenn der Arbeitgeber die Weihnachtsgratifikation in erster Linie gibt, um dem Arbeitnehmer die Festtagsfreude zu erhöhen, um dessen erhöhte Ausgaben in der Weihnachtszeit abzudecken und um dessen persönliche Sorgen zu mildern, kann man von einer echten Sozialleistung sprechen.

6) Man denke etwa an die in der neueren Rechtsprechung aufgetauchten Fälle, in denen der Arbeitgeber mit den Arbeitnehmern eine Rückzahlungspflicht der Gratifikationen für den Fall vereinbart, daß die Arbeitnehmer in den ersten Monaten des neuen Jahres ausscheiden. Hier verflüchtigt sich der soziale Zweck. Vgl. LAG Düsseldorf 21. 8. 62 B 62/1511.

7) Vergleiche zur Üblichkeit: Schulzenstein, Üblich und BGB JW 22/758 ff.

1. Die Übung kann sich einem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber entwickeln, etwa wenn der Arbeitgeber einem bestimmten Arbeitnehmer wiederholt Wohnungsgeldzuschüsse gewährt. [8] Hier kann man von einem individuellen Tatbestand sprechen; denn der Arbeitgeber wendet sich an einen bestimmten Arbeitnehmer und gewährt gerade ihm aus individuellen Motiven die wiederholten Leistungen. [9]

2. Es kann aber auch sein, daß die Leistungen allgemein im Betrieb üblich sind, weil sich eine entsprechende Übung im Betrieb gebildet hat. Dann nimmt der einzelne Arbeitnehmer an der Verteilung nicht um seiner persönlichen Eigenschaften, Fähigkeiten oder Leistungen willen teil, sondern wegen seiner funktionellen Zugehörigkeit zum Betrieb [10]. Hier stößt man also auf einen kollektiven Tatbestand.

§ 3 TATBESTÄNDE UND RECHTSFOLGEN IN DER RECHTSPRECHUNG ALS GRUNDLAGE DER UNTERSUCHUNG

Die Fälle, in denen sich die Rechtsprechung mit üblichen Leistungen beschäftigte, bilden keine Einheit. Sie lassen sich in erster Linie danach unterscheiden, ob sich der Arbeitgeber an einzelne, bestimmte Arbeitnehmer wendet, oder ob er eine betriebliche Übung einführt. [1] Die individuellen Tatbestände sind selten und praktisch von untergeordneter Bedeutung. [2] Im Mittelpunkt der Erörterungen stehen die kollektiven Tatbestände der betrieblichen Übung. Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

I. INDIVIDUELLE TATBESTÄNDE

1. Gewährt ein Arbeitgeber jahrelang, regelmäßig, vorbehaltlos einem Arbeitnehmer Wohnungsgeld, so wird er auch zur Fortzahlung in der Zukunft verpflichtet. [3]

---

8) RAG ARS 13/543, 545.
9) Hilger, Ruhegeld, 51.
10) Hilger, aaO, 51.

1) Hilger, Ruhegeld, 51.
2) Auch theoretisch sind sie nicht sehr ergiebig. Bei individuell motivierten Leistungen lassen sich meist ausdrückliche oder stillschweigende vertragliche Abmachungen nachweisen, so daß demgegenüber die Zahlungen als bloße Erfüllungshandlungen an Selbständigkeit verlieren. Vgl. etwa RAG ARS 17/66, 69.
3) RAG ARS 13/543, 545.

2. Gewährt ein Arbeitgeber jahrelang, regelmäßig, vorbehaltlos einem früheren Arbeitnehmer Ruhegeld, so wird er verpflichtet, das Ruhegeld auch in Zukunft weiter zu zahlen.[4)]

3. Die Bedeutung des Vorbehalts und des Willens, sowie die Art des Anspruchs und seine Beständigkeit bei einer Wandlung in den wirtschaftlichen Verhältnissen, werden bei den kollektiven Tatbeständen erörtert.[5)]

II. KOLLEKTIVE TATBESTÄNDE

Den Kern der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bilden die Fälle, in denen der Arbeitgeber die Leistungen nach generellen Regeln verteilt und damit eine betriebliche Übung einführt.

1. Entstehung einer neuen Übung

a) Bei den Weihnachtsgratifikationen[6)] ist es ständige Rechtsprechung, daß der

---

4) RAG ARS 28/311, 312; 37/329, 333 (Witwengeld). Vgl. auch LAG Kiel ARS 20/183, 186 (Witwengeld).

5) Vgl. unten Noten 19 ff, 43 ff und 47 ff und den Text dazu.

6) RAG ARS 6/203, 204; 7/507; 9/357, 358; 13/184, 188; 13/543, 544; 14/89; 15/138, 139; 17/249, 251; 18/416, 417; 23/200, 201; 29/3, 4; 29/209; 31/145, 146; 32/236; 33/223, 227; 35/144, 145; 35/218, 220; 36/374; 37/225, 227; 38/50, 51; 39/49 = DR 40/1245; 40/215, 217; 40/356, 361; 40/369, 373 (nach erneuter Prüfung); LAG Krefeld-Uerdingen ARS 21/185, 186; LAG Darmstadt 24/29, 31; LAG Magdeburg 27/75, 76; LAG Kassel 45/81, 82; RG Seuff. Arch. 69 Nr. 36 S. 72.
Nach dem Kriege wurde diese Rechtsprechung weitergeführt:
LAG Hannover 10.11.47 RdA 48/33; LAG Hamm 13.12.46 RdA 48/32; LAG Düsseldorf 7.11.47 BB 48/16; LAG Hamburg 15.7.48 WA 48 Nr. 271 S. 93; LAG Bayern 20.10.48 ARSt IX Nr. 708; LAG Heidelberg 21.2.49 BB 50/815 = AP 51 Nr. 241; LAG Hamm 25.3.49 BB 49/664 = AP 50 Nr. 88; LAG Düsseldorf 3.3.50 B 50/242; LAG Berlin 16.6.50 AP 52 Nr. 206 S. 421; LAG Heidelberg 7.7.50 BB 50/815 = AP 51 Nr. 103; LAG Bremen 11.10.50 AP 51 Nr. 102 S. 368; LAG Mannheim 31.3.51 BB 51/895; LAG Kiel 13.3.52 RdA 52/199; LAG Düsseldorf 18.7.52 B 52/1011; LAG Kiel 22.7.52 B 52/848 = BB 52/919; LAG Frankfurt 4.9.52 B 52/1011; LAG Hamm 7.5.53 BB 54/196; LAG Frankfurt 14.7.53 AP 54 Nr. 96 S. 340 = B 53/927 = BB 53/916; LAG Frankfurt 8.7.54 B 54/888 = BB 54/996; LAG Mannheim 13.10.54 BB 54/996; LAG Mainz 27.3.56 WA 56 Nr. 300 S. 149; AG Krefeld 24.4.57 BB 57/1072.

Arbeitgeber, der jahrelang, das heißt in der Regel in drei aufeinander folgenden Jahren [7], regelmäßig, vorbehaltlos an seine Arbeitnehmer oder Gruppen von ihnen Weihnachtsgratifikationen zahlt, zur Weiterzahlung in der Zukunft verpflichtet wird. Gerade die Arbeitnehmer, die schon in früheren Jahren eine Gratifikation erhielten, an denen die Übung also entstand, können die Gratifikation beanspruchen. Die gleichen Grundsätze wendet die Rechtsprechung auf andere wiederkehrende Leistungen [8], wie Jahresabschlußprämien, Tantiemen und zusätz-

---

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 5:
BAG 24.1.56 AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 = BB 56/274 = B 56/283; 6.3.56 AP Nr. 3 ebenda Bl. 1 RS = BB 56/401 = B 56/402; 4.10.56 AP Nr. 4 ebenda Bl. 1 RS = BB 56/1032 = B 56/1039; 17.4.57 AP Nr. 5 ebenda Bl. 1 = BB 57/546 = B 57/483; 3.4.57 AP Nr. 6 ebenda Bl. 2 RS = BB 57/750 = B 57/724; 2.4.58 BB 58/879; 26.10.61 ARSt XXVII Nr. 301 = BB 61/1383.
Vgl. ferner alle in Note 31 unten genannten Entscheidungen. Diese Urteile, die sich mit der Bedeutung des Vorbehalts bei Gratifikationen auseinandersetzen, beruhen alle auf dem Grundsatz, daß die vorbehaltlose Gewährung zu Ansprüchen führe.

7) Eine einmalige Zahlung genügt nicht: RAG ARS 29/209; LAG Stuttgart 16.8.50 AP 51 Nr. 9 S. 34 = RdA 50/470; LAG Mannheim 13.10.54 BB 54/996; BAG 24.1.56 AR Nr. 2 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS.
Auch eine zweimalige Zahlung reicht in der Regel nicht aus: RAG ARS 32/236, 237; LAG Hamm 3.4.50 BB 50/815; LAG Berlin 16.6.50 AP 52 Nr. 206, S. 419; LAG Frankfurt 8.7.54 B 54/888; BAG 6.3.56 AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS = BB 56/401 = B 56/402 (einmal und zweimal genügen nicht, wohl aber dreimal).
Dagegen entsteht nach dreimaliger Zahlung ein Anspruch: Ständige Rechtsprechung: RAG ARS 40/369, 373; LAG Hamm 24.10.47 BB 48/16, 17; LAG Düsseldorf 7.11.47 BB 48/16 u. 3.3.50 B 50/242; LAG Mannheim 21.2.49 AP 51 Nr. 241 S. 344; LAG Düsseldorf 20.4.51 BB 51/895; LAG Kiel 13.3.52 RdA 52/199; etwas abweichend BAG 17.4.57 AP Nr. 5 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1, das von "mehr als dreimal" spricht.

8) RAG ARS 10/539, 542 (Remunerationen); 15/543, 545 (sonstige Bezüge); 25/55, 57 (Tantieme); 33/216, 219 (Abschlußgratifikation); 42/418, 420 (Abschlußgratifikation); LAG Düsseldorf 20.3.53 BB 53/443 (Abschlußvergütung); LAG Düsseldorf 21.1.55 BB 55/701 (Erfolgsprämie); LAG Düsseldorf 23.2.56 BB 56/1069; LAG Hannover 2.3.56 ARSt XVI Nr. 580.
BAG 9.3.61 AP Nr. 5 zu § 242 BGB betriebliche Übung Bl. 2 u. vom 11.5.57 AP Nr. 1 zu § 16 TOA Bl. 2 RS (Übergangsgeld).
Nicht ganz eindeutig RAG ARS 8/482, 48[illegible] (Freifahrtscheine), das nicht auf die Rechtsprechung eingeht.

lichen Lohn an [9].

b) Gewährt der Arbeitgeber jahrelang [10], regelmäßig, vorbehaltlos seinen ausscheidenden Arbeitnehmern oder Gruppen von ihnen Ruhegeld, so wird er verpflichtet, auch allen zukünftig Ausscheidenden Ruhegeld zu gewähren. [11] Obwohl der einzelne ausscheidende Arbeitnehmer bisher selbst noch keine Leistung erhalten hat, kann er Ruhegeld verlangen. Auch bei anderen Leistungen, die der einzelne Arbeitnehmer zuvor selbst noch nicht erhalten hat, wie Ehrengaben [12] bei

---

9) RAG ARS 15/350, 352 (Zuschlag); 40/356 (Überstundenvergütung); LAG Frankfurt 19.3.53 AP 53 Nr. 207 S. 304 (Leistungsprämie); LAG Frankfurt 30.8.54 B 55/244; BAG 28.2.56 AP Nr. 1 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 1 RS; vom 8.11.57 AP Nr. 2 ebenda Bl. 1 RS (Doppeldienstentschädigung); vom 13.10.60 BB 60/1326.
Abweichend LAG Düsseldorf 10.11.61 BB 61/529, wo tarifungebundene Arbeitnehmer ständig mit Tarifgebundenen gleichbehandelt wurden.

10) Wieviele Jahre die Übung gedauert haben muß, wird im Gegensatz zum Gratifikationsrecht meist nicht genau ausgesprochen. Nach RAG ARS 23/37, 38 reichen 5 Jahre aus.

11) RAG ARS 18/39, 40; 23/37, 38; 33/172, 176; 37/71, 72; 37/399, 406; 38/252, 256; 39/55, 64; 40/363, 364 (Witwengeld); 42/75, 76; 43/148, 153; 45/204; LAG Dortmund ARS 30/44, 46; AG Danzig 38/89, 91; RG ARS 45/309, 311.
Nach dem Kriege: LAG Hamburg 18.9.48 ARSt II Nr. 950 = WA 48 Nr. 273 S. 95; LAG Hannover 6.12.49 ARSt IV Nr. 109; OGH Köln 2.11.49 NJW 50/224; LAG Hannover 4.1.50 B 50/132; LAG Frankfurt 27.3.52 B 52/680 = WA 52 Nr. 282 S. 156; LAG Stuttgart 27.11.52 BB 53/148; LAG Mainz 24.9.53, WA 54 Nr. 128 S. 77; LAG Hamburg 23.3.54 MDR 54/481; LAG Frankfurt 27.4.55 B 55/923 = WA 55 Nr. 259 S. 140; LAG Frankfurt 30.1.57 BB 57/331; AG Bayreuth 8.10.58 BB 58/1310, 1311.
Und die oberen Bundesgerichte: BGH 18.12.54 AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 2 = BB 55/166 = BGHZ 16/50 ff; BAG 27.2.57 AP Nr. 21 ebenda Bl. 2 = RdA 57/308; vom 22.11.57 AP Nr. 34 ebenda Bl. 3 = BB 58/631.
Auf diesem Grundsatz beruhen auch die in Note 31 genannten Entscheidungen.

12) RAG ARS 39/153, 154 (Ehrengaben); LAG Berlin JW 31/2598 (Jubiläumsprämien).
Damit soll nicht gesagt sein, daß der Arbeitnehmer schlechthin verlangen kann, geehrt zu werden. Eine Verrechtlichung der Ehrengaben fand mit Recht nur dort statt, wo die Ehrengaben den Charakter rein wirtschaftlicher Zuwendungen angenommen hatten. Grundsätzlich gegen eine Verrechtlichung: Denecke DAR 38/141, 146.

Arbeits- und Dienstjubiläen oder Übergangsgeld [13], wird der Arbeitgeber zur Beibehaltung seiner betrieblichen Übung gezwungen.

2. Einheitliche Entstehung der betrieblichen Übung

Nach der Rechtsprechung entsteht die verpflichtende Wirkung der Übung immer allen Betriebsangehörigen gegenüber einheitlich. [14] Es ist also ausgeschlossen, daß sich nur bestimmte Personen auf die Rechtsfolge der betrieblichen Übung berufen könnten. [15] Wenn es um die Frage des Kennens und des Kennenmüssens von Umständen geht, die eine Bindung des Arbeitgebers ausschließen, so kommt es nur darauf an, ob die Belegschaft als Ganzes die Umstände kannte oder kennen mußte. [16] Die Einsichtsmöglichkeit des einzelnen ist dagegen unerheblich.

3. Die Geltung der Übung für Neueintretende

Gewährt der Arbeitgeber jahrelang, vorbehaltlos, regelmäßig seinen Arbeitnehmern zusätzliche Leistungen, so kann auch der Neueintretende, [17] der die Lei-

---

13) LAG Mainz 19.6.56 WA Nr. 317 S. 158, das diesen Fall als Gleichbehandlungsproblem ansieht.

14) RAG ARS 40/215, 219; 40/356, 359.

15) Das bedeutet freilich nicht, daß jeder Arbeitnehmer auch inhaltlich die gleichen Rechte aus der Übung für sich ableiten könnte. Mit der Forderung nach einheitlicher Geltung der Übung darf man die Forderung nach einheitlichem Inhalt nicht verwechseln. Der Grundsatz der einheitlichen Geltung besagt nur, daß sich jeder Arbeitnehmer auf eine bestehende betriebliche Übung berufen kann. Ob ihm tatsächlich Rechte zustehen, hängt von ihrem Inhalt ab.

16) Die typische Frage lautet dabei: Hätten "die Arbeitnehmer" den mangelnden Verpflichtungswillen des Arbeitgebers kennen müssen? Vgl. RAG ARS 37/225, 228 und vor allem RAG ARS 40/356, 359: "Dabei muß es sich... um eine Kenntnis der Gefolgschaft als solcher, nicht etwa einzelner Gefolgschaftsmitglieder handeln, da durch eine Übung für alle nur das gleiche Betriebsrecht hervorgehen kann."

17) RAG ARS 6/203, 204; 14/89; 29/209; 40/215, 219; 40/369, 372 (Weihnachtsgeld für Verheiratete); 33/216, 219 (Abschlußgratifikation); LAG Darmstadt ARS 24/29, 30; LAG Magdeburg 27/75, 76; LAG Berlin JW 31/2598; LAG Bremen 18.4.51 BB 51/530 = B 51/603; BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 2 RS (Doppeldienstentschädigung) = BB 58/192; vom 2.4.58 BB 58/879; Vgl. auch RAG ARS 9/357 und 31/145, in denen der Kläger die Leistung erst zweimal empfangen hat.

stungen noch nie oder nur einmal erhalten hat, die üblichen Leistungen verlangen.

Der einzelne Arbeitnehmer muß also nicht alle Voraussetzungen in seiner Person erfüllen, die zur Bindung des Arbeitgebers führen. [18] Er kann sich auf Grund der Betriebszugehörigkeit auf eine bestehende Übung berufen.

4. Der Vorbehalt des Arbeitgebers

Die Rechtsprechung beruht auf dem Grundsatz, daß sich der Arbeitgeber seine Freiheit dann erhalten kann, [19] wenn er unter Vorbehalt leistet. [20] Entsprechend der Absicht des Arbeitgebers kann der Vorbehalt verschiedene Bedeutung besitzen. So kann sich der Arbeitgeber vor allem die freie Entschließung darüber vorbehalten, ob er in Zukunft weiter leisten will oder nicht. Dieser Vorbehalt, der die Einstellung der Zahlungen in das Belieben des Arbeitgebers stellen soll, bildet die Regel. [21] Der Arbeitgeber kann sich aber auch nur das Recht vorbehalten, die Zahlung allgemein oder bei Verschlechterung der Wirtschaftslage [22] oder bei anderen bestimmten Gründen [23] einzustellen. Schließlich kann sich der Vorbehalt auch

---

18) Das soll auch hier nicht heißen, daß der Neueintretende stets inhaltlich die gleichen Rechte aus der Übung herleiten kann, wie langjährige Betriebsangehörige. Es ist ohne weiteres möglich, daß die üblichen Leistungen nach der Dauer der Betriebszubehörigkeit gestaffelt sind, oder daß ihre Auszahlung von einer Wartezeit (etwa 10 Jahre beim Ruhegeld) abhängt. Wenn in einem solchen Fall der Arbeitnehmer mit seinem Leistungsbegehren ausfällt, so geschieht das, weil er die inhaltlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, nach denen die Leistungen üblicherweise gewährt werden.

19) Dabei handelt es sich aber nur um einen Grundsatz. Zu den Einzelheiten und den schwerwiegenden Ausnahmen vergleiche unten Note 31, 32 und 34.

20) Der Vorbehalt muß erklärt werden, bevor die Zahlungen zu einer Bindung des Arbeitgebers geführt haben. Ist einmal ein Anspruch entstanden, so kann sich der Arbeitgeber nicht mehr einseitig von seiner Verpflichtung befreien. Zur Bedeutung des nachträglichen Vorbehalts vgl. unten Note 56.

21) Die Rechtsprechung sieht darin einen verpflichtungshindernden Vorbehalt, der einen Rechtsanspruch gar nicht entstehen läßt (vgl. statt aller BAG 14.12.56 AP 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt Leitsatz), im Gegensatz zum bloßen Widerrufsvorbehalt, der die Entstehung eines Anspruchs nicht hindert, aber dem Arbeitgeber das Recht verleiht, den Anspruch nachträglich zu beseitigen. Die Unterscheidung stammt aber aus der Lehre. Die Gerichte haben sich ihrer nur in Ausnahmefällen bedient und anspruchsbehindernde und Widerrufsvorbehalte nur selten scharf geschieden. Ein Beispiel für die Vermengung beider Vorbehaltsarten bietet BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 1 RS.

22) RAG ARS 43/148, 152; 43/282, 285.

23) RAG ARS 1/119, 120; 42/178 (Leitsatz); 43/148 (Leitsatz); LAG Frankfurt 27.3.52 B 52/680 = WA 52 Nr. 282 S. 156.

nur auf das Recht beziehen, die Höhe der Leistung von Fall zu Fall festzusetzen.[24] Der Vorbehalt ist an keine Form gebunden.[25] Er kann ausdrücklich erklärt werden oder aus den Umständen abzulesen sein.

a) Der ausdrückliche Vorbehalt erscheint meist in den festen Formeln "freiwillig",[26] "ohne Rechtsanspruch",[27] oder "jederzeit widerruflich".[28] Er muß nicht notwendig jeder Leistung zugefügt[29] werden. Nach neuerer Rechtsprechung reichen ein Anschlag am schwarzen Brett oder eine mündliche Bekanntmachung in der Betriebsversammlung aus.[30]

aa) Bei Weihnachts- und Abschlußgratifikationen und anderen freiwilligen Leistungen mit Ausnahme des Ruhegeldes soll der Vorbehalt die ursprüngliche Freiheit des Arbeitgebers erhalten. Der Arbeitgeber kann die Zahlungen jederzeit und ohne Angabe von Gründen einstellen.[31] In einigen Entscheidungen wurde

---

24) RAG ARS 17/249; 40/369, 373; LAG Krefeld-Uerdingen ARS 21/185, 187; LAG Magdeburg 27/75, 76; LAG Hamm 25.3.49 AP 50 Nr. 88 S. 312; LAG Düsseldorf 3.3.50 BB 50/816 = B 50/242; LAG Mannheim 31.3.51 AP 51 Nr. 242; S. 351 = BB 51/895.

25) AG Darmstadt 27.7.50 BB 815; LAG Heidelberg 7.7.50 AP 51 Nr. 103 S. 374 = BB 50/815.

26) RAG ARS 15/138; 17/66, 67; 29/3; 42, 418, 419; 43/148; 45/288, 289; LAG Darmstadt ARS 24/29, 30 und 42/137; LAG Kassel 45/81.

27) RAG ARS 6/597; 33/182, 183 (ohne klagbaren Anspruch); 38/252, 253; 40/363 (keine Ansprüche); 42/418, 419; LAG Darmstadt ARS 24/29, 30; LAG Leipzig 44/124, 125; LAG Kassel 45/81.
Mit der Formel "ohne Verpflichtung": RAG ARS 17/66, 67; 21/3; 29/3.

28) RAG ARS 9/359; 38/252, 253; 38/262; 40/363; 42/141, 143; LAG Darmstadt ARS 24/29, 30; AG Danzig 38/89; häufig werden mehrere Wendungen gleichzeitig verwendet: LAG Darmstadt ARS 24/29, 30.

29) BAG 3.2.60 ARSt XXIV Nr. 308 = AR-Blattei Ruhegeld Entscheidung 19; LAG Bayern 14.4.54 BB 54/997.
Die Frage ist jedoch bestritten. Anderer Ansicht RAG ARS 39/49, 51; LAG Frankfurt 14.7.53 AP 54 Nr. 96 S. 340 = BB 53/916; LAG Hamm 2.4.54 BB 54/997; BAG 4.10.56 AP Nr. 4 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS = NJW 56/1853.

30) LAG Heidelberg 7.7.50 AP 51 Nr. 103 S. 374 = BB 50/815.

31) Dies geht auch aus den in Anm. 6 und 11 genannten Entscheidungen hervor, da Ansprüche immer nur bei vorbehaltloser Zahlung anerkannt wurden. Vgl. besonders: RAG ARS 6/203; 9/357, 358; 11/93, 96; 15/138, 139; 18/416, 417; 29/3, 4; 29/209; 36/54, 55; 38/50, 51; 39/49; 40/369, 373; 44/64; 45/288, 290; LAG Krefeld-Uerdingen ARS 21/185, 186; LAG Darm-

jedoch die schwerwiegende Einschränkung gemacht, der Arbeitgeber dürfe seinen Vorbehalt nicht willkürlich, sondern nur aus sachlichen Gründen ausüben.[32] Die Nachkriegsrechtsprechung ist hiervon wieder abgerückt. Sie prüft deshalb die Gründe nicht mehr nach.[33]

bb) Stark abgeschwächt ist dagegen die Bedeutung des Vorbehalts beim Ruhegeld. Trotz der üblichen, weitreichenden Formeln "ohne Rechtsanspruch", "jederzeit widerruflich", soll die Einstellung der üblichen Leistungen nicht im freien

---

Fortsetzung der Fußnote 31 von Seite 10:
stadt 24/29, 30; LAG Leipzig 35/66, 68; LAG Darmstadt 42/137; LAG Leipzig 44/124, 125; RAG ARS 8/482, 483 (Freifahrscheine); 10/539, 543 (Remunerationen); 42/418, 420 (Abschlußgratifikation).
LAG Hannover 10.11.47 RdA 48/33; LAG Düsseldorf 23.5.50 BB 50/815; LAG Heidelberg 7.7.50 AP 51 Nr. 103 S. 375 = BB 50/815; LAG Bremen 30.1.52 RdA 52/239 = MDR 52/691; LAG Bayern 28.2.52 SAE 52 Nr. 52 S. 134 (Zulagen); LAG Düsseldorf 14.5.52 B 52/720; LAG Hamm 2.4.54 B 54/580 = BB 54/997; LAG München 14.4.54 BB 54/997; LAG Frankfurt 14.7.54 AP 54 Nr. 96 S. 340 = B 53/927; LAG Mannheim 13.10.54 BB 54/996; LAG Düsseldorf 3.9.58 B 58/1330; LAG Stuttgart 21.1.59 BB 59/305 = B 59/207.
BAG 29.6.54 AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS; 4.10.56 AP Nr. 4 ebenda Leitsatz; 27.6.58 AP Nr. 7 ebenda Bl. 1 = B 58/1073 = BB 58/984; 31.5.60 AP Nr. 15 ebenda Bl. 2 RS; 18.6.60 AP Nr. 16 ebenda Bl. 1 = BB 60/864; 8.12.60 AP Nr. 20 ebenda Bl. 1 RS = BB 61/175; 4.3.61 AP Nr. 21 ebenda Bl. 2 RS.
Abweichend die viel gescholtene Entscheidung des LAG Hamm 13.12.46 RdA 48/32: ein Arbeitgeber hatte über ein Jahrzehnt unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit regelmäßig geleistet. Das LAG sprach von einem "papierenen" Vorbehalt, der nicht mehr geltend gemacht werden könnte. Ähnlich LAG Hamburg 10.11.54 ARSt XIV Nr. 31 u. LAG Kiel 18.12.51 ARSt VIII Nr. 232. Das LAG Hamm hat seine Rechtsprechung inzwischen wieder aufgegeben: 2.4.54 BB 54/997 u. 1.6.54 B 54/888.

32) RAG ARS 38/50, 53; 39/49, 51; LAG Leipzig ARS 35/66, 70; LAG Hagen 40/20, 21; LAG Leipzig 44/124, 126. Die weitgehenden Formulierungen sollten aber meist nur dazu dienen, den willkürlichen Ausschluß eines einzelnen für unzulässig zu erklären.
Vgl. aber auch LAG Düsseldorf 14.5.52 B 52/720 (Treu und Glauben) und LAG Stuttgart 21.1.59 BB 59/306.

33) Vgl. die Ausführungen des BAG 4.10.56 AP Nr. 4 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS = BB 56/1032.

Belieben des Arbeitgebers stehen. Sie soll nur nach freiem Ermessen zugelassen werden, also wenn sich sachliche Gründe für die Einstellung der Zahlungen ergeben.[34] Die Nachkriegsrechtsprechung ging noch weiter in der Einschränkung des Vorbehalts. Zwar hielt sie die Ausübung des Vorbehalts nach freiem Ermessen grundsätzlich für möglich, die Regel sollte jedoch billiges Ermessen sein.[35] Danach ist der Arbeitgeber trotz des Vorbehalts nur noch befugt, seine Zahlungen einzustellen, wenn er sachliche Gründe dafür angeben kann, und wenn die Einstellung bei einer Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer billig erscheint.[36] Nur noch nach billigen Ermessen ist nach BAG die Einstellung des Ruhegelds möglich, wenn der einzelne Arbeitnehmer schon Ruhegeld erhalten hat, oder doch die Pensionierung unmittelbar bevorsteht.[37]

b) Der Vorbehalt der Freiwilligkeit kann sich auch aus den Umständen ergeben,[38] unter denen der Arbeitgeber die Leistungen erbringt. Dies wurde vor

---

34) RAG ARS 6/596, 597; 12/75, 76; 17/66, 69; 23/37, 39; 21/3, 5; 21/129, 135; 27/236, 241; 32/28, 30; 33/182 (186); 38/252, 253; 40/360, 363; 42/141, 143; 43/48, 49; 43/148, 153; LAG Breslau ARS 27/105, 108; LAG Duisburg 37/121, 122; AG Danzig 38/89, 92.
LAG Frankfurt 4.11.57 WA 48 Nr. 58 S. 15; LAG Hamburg 18.9.48 WA 48 Nr. 273 S. 94 = ARSt II Nr. 955; LAG Bremen 22.12.48 RdA 49/ 428, 429 = BB 49/186; LAG Kiel 9.11.49, BB 49/744; LAG Hamm 18.8.50 AP 51 Nr. 83 S. 301; LAG Frankfurt 20.6.51 AP 52 Nr. 211 S. 444; LAG Frankfurt 25.9.51 BB 52/32; LAG Düsseldorf 2.10.51 BB 51/1007, vom 2.10.51 B 51/ 940, vom 29.10.52 BB 53/117 und vom 19.12.52 BB 53/444; LAG Hannover 13.7.55 WA 56 Nr. 143 S. 66.
BAG 2.3.56 AP Nr. 10 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 1 RS; vom 22.11.57 AP Nr. 34 ebenda Bl. 3 = BB 58/631. Vgl. auch BAG 14.12.56 AP Nr. 18 ebenda, Leitsatz (insbesondere bei Vermögensverfall).

35) BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt Leitsatz 3.

36) Zwischen freiem und billigem Ermessen unterscheiden: LAG Bremen 22.12.48 RdA 49/428; LAG Frankfurt 20.6.51 AP 52 Nr. 211 S. 445; LAG Düsseldorf 2.10.51 B 51/940; LAG Frankfurt 30.1.57 BB 57/332.
BAG 13.7.56 AP Nr. 13 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 1 = BB 56/926; vom 14.12.56 AP Nr. 18 ebenda, Leitsatz; vom 3.2.60 AP Nr. 54 ebenda Bl. 2 RS. Vgl. auch schon RAG ARS 23/37, 40; 27/236, 241; 32/28, 30; 38/252, 253.

37) LAG Berlin 4.2.60 BB 60/557; BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt Leitsatz 5 Bl. 1 RS; BAG 11.11.60 BB 61/51.

38) Es wird stets mit Eifer darauf hingewiesen, daß alle Umstände zu berücksichtigen seien, aus denen sich ein entgegenstehender Wille des Arbeitgebers ergehen könne. Vor allem die Landesarbeitsgerichte wenden sich nach 1945 gegen eine schematische Anwendung des Satzes, eine dreimalige, vorbehaltlose

allem dort betont,[39] wo es um Ansprüche gegen Krankenhäuser und öffentliche Anstalten ging.[40] Die Gerichte ließen einen solchen Vorbehalt jedoch nur in besonders gelagerten Einzelfällen[41] zu.

Fortsetzung der Fußnote 38 von Seite 12:
Zahlung führe zu einem Rechtsanspruch. LAG Heidelberg 21.2.49 AP 51 Nr. 241 S. 344 = BB 50/815; vom 7.7.50 AP 51 Nr. 103 S. 375 = BB 50/815; LAG Hamm 23.10.53 AG 54/63.
Ebenso BAG 24.1.56 AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS und vom 6.3.56 AP Nr. 3 ebenda Bl. 1 RS.
Ähnlich auch schon RAG ARS 9/357, 358; 15/138, 139; 17/249; 29/209; 33/223; 37/225, 227; 40/215, 217.

39) Dagegen soll die Bezeichnung "Spende" die Freiwilligkeit der Leistung nicht erhalten: RAG ARS 40/369; LAG Mainz 24.9.53 WA Nr. 128 S. 77 (Gnadenrente).

40) Zwar hat die Rechtsprechung wiederholt festgestellt, die bloße Eigenschaft, öffentliche Körperschaft zu sein, hindere die Entstehung eines Anspruchs aus betrieblicher Übung nicht. Doch müßten die Besonderheiten solcher Unternehmen berücksichtigt werden. Insbesondere sei zu erforschen, ob sich die Unternehmen wegen der Aufsichtsbehörden überhaupt selbständig verpflichten könnten. Dieser theoretische Einwand gewann aber bei den Entscheidungen keine praktische Bedeutung.
RAG ARS 10/539; 17/249, 250; 32/236, 238; 33/223, 227; 37/225, 227; 40/215, 216; 40/369, 374.
LAG Bremen 11.10.50 AP 51 Nr. 102 S. 367; LAG Hannover 14.3.51 AP 52 Nr. 207 S. 423; LAG Düsseldorf 18.7.52 B 52/1011.
BAG 6.3.56 AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS = BB 56/401 = BB 56/402 u. v. 3.4.57 AP Nr. 6 ebenda Bl. 2 RS = BB 57/724.
Anders jedoch RAG ARS 38/50, 51, wonach einem Krankenhaus eine weitergehende Kürzungsbefugnis zustehen soll.

41) Nach RAG ARS 29/209, 210 soll ein Anspruch nicht entstehen, wenn ein Unternehmen im Aufbau ist. Es handelte sich um die deutsche Arbeitsfront. Auch die regelmäßige Gewährung von Leistungen in Notzeiten, ließ einen Anspruch nicht entstehen; LAG Hamm 23.10.53 AG 54/63; BAG 24.1.56 AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gratifikation Leitsatz = B 56/283 = BB 56/274 u. vom 6.3.56 AP Nr. 3 ebenda Bl. 2. Im gleichen Sinne LAG Heidelberg 21.2.49 BB 50/815 (Kriegskonkunktur).

5. Der innere Wille des Arbeitgebers

Nach der Rechtsprechung müssen die üblichen Leistungen mit Wissen und Willen des Arbeitgebers gewährt werden,[42] wenn sie die beschriebenen Folgen haben sollen.

Dagegen ist ein Verpflichtungswille des Arbeitgebers nicht notwendig, um die verpflichtende Wirkung der betrieblichen Übung auszulösen. Der innere, wirkliche Wille des Arbeitgebers hinsichtlich der Verpflichtung bleibt bei der Betrachtung der Übung unberücksichtigt.[43] Die Verpflichtung des Arbeitgebers entsteht auch ohne seinen Willen, etwa wenn er sich gar nicht bewußt ist, mit der Übung eine Bindung einzugehen. Die Verpflichtung entsteht ferner gegen seinen Willen, wenn er den entgegenstehenden Willen nicht durch Vorbehalte oder durch die Umstände für die Arbeitnehmer erkennbar äußert. Der fehlende oder entgegenstehende Wille gibt dem Arbeitgeber auch nicht das Recht, die entstandene Bindung nachträglich etwa im Wege der Anfechtung[44] wegen Irrtums wieder zu beseitigen. Die Rechtsprechung hat damit die Rechtsfolgen der betrieblichen Übung vom Verpflichtungswillen[45] des Arbeitgebers losgelöst.

---

42) RAG ARS 18/39.

43) RAG ARS 13/543, 545; 23/200, 201; 35/101, 103; 39/153, 154 (deutlich); ähnlich auch RAG ARS 10/539, 542 (Rücksichtnahme auf den wahren Willen); 37/225, 227; LAG Bremen 18.4.51 BB 51/530; BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 2 = BB 58/192, 193, wonach es unerheblich sein soll, ob der Arbeitgeber in der irrigen Annahme leistete, zu der Leistung verpflichtet zu sein, wenn nur der Brauch nach außen hervorgetreten ist. Abweichend BAG 2.4.58 BB 58/879: glauben beide Parteien, der Arbeitgeber sei zur Zahlung verpflichtet, so entsteht keine bindende betriebliche Übung.

44) Der Ausschluß der Anfechtbarkeit wird meist nicht direkt angesprochen. Er folgt aber aus dem oben erörterten Grundsatz, wonach es auf den inneren Willen des Arbeitgebers nicht ankommt. Auch die Formulierungen, der Arbeitgeber müsse sich nach Treu und Glauben an seinem äußeren Verhalten festhalten lassen, weisen im Zusammenhang darauf hin:
RAG ARS 6/203, 204; 10/539, 541; 13/543, 545; 23/200, 201; 39/153, 154.
LAG Frankfurt 14.7.53 AP 54 Nr. 96 S. 340; BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 2 = BB 58/192.
Vgl. auch RAG ARS 28/311, 313: der Arbeitgeber dürfe seinem Verhalten nicht nachträglich eine andere Deutung geben.

45) Freilich lassen sich auch Entscheidungen zitieren, die einen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers fordern (vgl. etwa RAG ARS 29/209, Leitsatz; 33/223 Leitsatz 2.). Dabei handelt es sich aber um eine unscharfe Ausdrucksweise. Die Gerichte haben immer nur untersucht, ob das äußere Verhalten als Aus-

6. Die Lösbarkeit der Bindung

Wie sich der Arbeitgeber von der eingegangenen Bindung wieder lösen kann, ist im einzelnen umstritten. Die Rechtsprechung unterscheidet nicht zwischen Ansprüchen aus betrieblicher Übung und Ansprüchen aus Vertrag [46]. Der Arbeitgeber kann sich deshalb grundsätzlich nicht einseitig von seiner Verpflichtung befreien.

Im Bereich der freiwilligen Sozialleistungen gilt eine Ausnahme. Zwar stehen diese Leistungen grundsätzlich nicht unter dem stillschweigenden Vorbehalt einer günstigen Wirtschaftslage [47]; Verlust oder Geschäftsrückgang beeinflussen die Verpflichtung des Arbeitgebers nicht. Bei schwerer konkursähnlicher [48] Bestands-

---

Fortsetzung der Fußnote 45 von Seite 14:
druck eines Verpflichtungswillens gedeutet werden konnte. Der wirkliche Verpflichtungswillen hat die Rechtsprechung dagegen nie interessiert. Wenn dies häufig nicht klar ausgesprochen wurde, so deshalb, weil die Rechtsprechung mit ihrer dogmatischen Begründung der betrieblichen Übung darauf keine Antwort wußte.

46) Dies gilt zwangsläufig; denn der Anspruch aus betrieblicher Übung ist nach der in der Rechtsprechung herrschenden Auffassung vertraglicher Herkunft.
Vgl. im einzelnen unten S. 59 ff.
Deshalb spielt es bei den hier erörterten Fragen der Kürzung und Einstellung keine Rolle, ob der Rechtsanspruch auf betriebliche Übung oder ausdrücklichen Einzelvertrag gestützt wird. So LAG Stuttgart 27.11.52 BB 53/148.

47) RAG ARS 13/546, 547; 14/89; 15/138, 139; 15/553; 16/281; 16/460, 461; 18/153; 18/416, 419 (besonders weitgehend: auch eine grundstürzende und unvorhergesehene Umwandlung der Wirtschaftslage führe nicht zur Kürzung); 26/102, 107; LAG Krefeld-Uerdingen ARS 21/185, 186.
LAG Frankfurt 14.7.53 AP 54 Nr. 96 S. 340 und ausführlich BAG 17.4.57 AP Nr. 5 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 = BB 57/545 = B 57/483.

48) RAG ARS 13/547; 15/553, 554; 18/153, 156; 22/5, 11; 34/273, 277; 36/188, 196;
LAG Kiel 22.7.48 B 52/848; LAG Stuttgart 5.1.49 RdA 49/430; OLG Hamburg 8.5.51 BB 51/448 mit einer Definition der wirtschaftlichen Gefährdung; LAG Hamburg 16.8.51 AP 52 Nr. 157 S. 185; LAG Frankfurt 27.3.52 B 52/680; AG Heidelberg 6.6.52 AP 53 Nr. 76 S. 318; LAG Frankfurt 14.7.53 AP 54 Nr. 96 S. 342 (Existenznot); LAG Mannheim 4.12.53 AP 54 Nr. 68 S. 226 (Vergleichsverfahren); LAG Stuttgart 31.3.55 B 55/804; LAG Mainz 27.3.56 WA 56 Nr. 300 S. 149; LAG Hamburg 6.3.58 B 58/560 (unzumutbares Opfer). BGH 11.6.52 RdA 52/438; BAG 5.5.55 AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 3, vom 10.5.55 AP Nr. 2 ebenda, Leitsatz; vom 23.6.55 AP Nr. 3 ebenda Bl. 3 = BB 55/639; vom 16.3.56 BB 56/308; vom 17.4.57 AP Nr. 5 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 2.

gefährdung oder bei grober Treuepflichtverletzung [49] kann aber der Arbeitgeber die Zahlungen kürzen oder einstellen. [50] Ob die Ansprüche auf betrieblicher Übung oder auf Einzelvertrag beruhen, ist dabei gleichgültig.

In allen anderen Fällen ist der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung auf folgende Möglichkeiten angewiesen, die Verpflichtung aus der betrieblichen Übung wieder zu beseitigen:

a) Der Arbeitgeber kann zunächst mit allen Neueintretenden vereinbaren, sie sollten die üblichen Leistungen nicht erhalten. [51] Erneuert sich dann im Laufe der Zeit die Arbeitnehmerschaft, so ist der Arbeitgeber von seiner Verpflichtung frei geworden.

b) Der Arbeitgeber kann mit allen Arbeitnehmern vereinbaren, daß von nun ab seine Verpflichtung zur Gratifikations- oder Ruhegeldzahlung erlöschen soll. [52]

c) Der Arbeitgeber kann durch Änderungskündigung eine Veränderung der

---

49) RAG ARS 22/5, 6; 37/343, 345; 37/73, 77; 41/32, 36; 45/5, 11; LAG Stuttgart 5.1.49 RdA 49/430; LAG Bremen 21.12.49 AP 50 Nr. 149 S. 512; LAG Hamburg 25.1.52 ARSt VIII Nr. 345; BAG 30.11.55 AP Nr. 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt Leitsatz = BB 56/44, 45.

50) Die Kürzung oder Einstellung von Sozialleistungen wegen Bestandsgefährdung ist nur vorübergehend statthaft, solange die Notlage dauert:
RAG ARS 36/188, 189; LAG Leipzig ARS 42/144 (Leitsatz 3); AG. Danzig 38/89.
LAG Düsseldorf 29.10.52 BB 53/117; LAG Frankfurt 14.7.53 AP 54 Nr. 96 S. 342 und BAG 5.5.55 AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 3.
Kürzung und Einstellung müssen dazu dienen, die Notlage zu lindern. Ist dies z.B. wegen Betriebseinstellung oder Konkurseröffnung nicht mehr möglich, so bleibt der Anspruch in vollem Umfang erhalten:
RAG ARS 34/273 (Leitsatz 3.); OLG Schleswig 8.1.51 NJW 51/408, 409; LAG Hamburg 16.8.51 AP 52 Nr. 157 S. 185; LAG Mannheim 4.12.53 AP 54 Nr. 68 S. 226.
BAG 17.4.57 BB 57/545 = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Gratifikation und vom 17.12.58 AP Nr. 42 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 2.
Ob wegen Treuepflichtverletzung neben der Einstellung auch nur eine Kürzung möglich ist, wird im Hinblick auf den Strafcharakter einer solchen Maßnahme bestritten. Vgl. BAG 30.11.55 AP Nr. 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 3, anders LAG Stuttgart 5.1.49 RdA 49/430.

51) Die betriebliche Übung läuft sich also tot. Vgl. hierzu BAG 13.10.60 AuR 61/190 = AR-Blattei Betriebsübung Entscheidung 1.3 c.

52) LAG Frankfurt 14.7.53 BB 53/916.

Arbeitsbedingungen herbeiführen, wonach den Arbeitnehmern auf die üblichen Leistungen keine Ansprüche mehr zustehen sollen.[53] Dagegen kann der Arbeitgeber die Übung als solche nicht kündigen.[54]

d) Der Arbeitgeber wird auch dann frei, wenn er die üblichen Zahlungen tatsächlich einstellt oder kürzt[55] und die Arbeitnehmer nicht widersprechen.

e) Der Arbeitgeber behält die tatsächliche Übung bei, fügt den Gratifikationen oder Ruhegeldern aber wiederholt Vorbehalte bei, wonach er von jetzt ab freiwillig leisten wolle. Ist der Vorbehalt deutlich und widersprechen die Arbeitnehmer nicht, so führt dies wieder zur Freiheit des Arbeitgebers.[56]

f) Die Ansprüche aus betrieblicher Übung werden ferner durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung beseitigt.[57] Fällt die Betriebsvereinbarung später weg, so leben die Ansprüche aus betrieblicher Übung nicht wieder auf.

g) Auch ein Tarifvertrag soll bei gleichem Geltungsbereich die Ansprüche aus

---

53) LAG Frankfurt 14.7.53 AP 54 Nr. 96 S. 340 = B 53/927; LAG Hamm 23.10.53 AG 54/63; LAG Frankfurt 4.3.54 WA 54 Nr. 297 S. 180; LAG Freiburg 1.8.55 BB 55/867; BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 4 = BB 58/192.

54) LAG Frankfurt 14.7.53 B 53/927; LAG Mainz 17.3.56 WA 56 Nr. 300 S. 149. Anderer Ansicht LAG Bremen 18.4.51 BB 51/530, 531.

55) RAG ARS 15/138, 140; 23/200, 202; 25/55, 57; RAG JW 36/209. Einmalige Kürzung genügt nicht: RAG ARS 15/138, 140. Der AG läßt also die Übung wegfallen oder ändert sie. LAG Düsseldorf 17.1.56 B 56/355; LAG Mainz 17.3.56 WA 56 Nr. 300 S. 149; LAG Düsseldorf 4.12.56 BB 57/1109.

56) RAG ARS 15/138; 23/200, 202; 32/236, 239; LAG Darmstadt ARS 24/29, 31; LAG Kassel 45/81, 82; LAG Hamburg 16.10.56 ARSt I Nr. 234.
Ein einmaliger Vorbehalt genügt auch hier nicht: RAG ARS 15/138; LAG Hamm 25.3.49 AP 50 Nr. 88 S. 313.

57) LAG Düsseldorf 17.1.56 B 56/355 = BB 56/370 und vom 4.12.56 BB 57/1109; BAG 20.12.57 BB 58/304.
Die Betriebsvereinbarung kann jedoch nur Ansprüche von Arbeitnehmern ergreifen, die noch dem Betrieb angehören. Die Rechtsposition von Ruheständlern kann sie dagegen nicht beeinflussen. LAG Stuttgart 27.11.52 BB 53/148; LAG Düsseldorf 10.5.60 B 60/818;
BAG 6.3.56 AP Nr. 27 zu § 242 BGB Ruhegehalt = BB 56/308, 560; vom 16.3.56 AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG Bl. 4 vom 19.6.56 AP Nr. 2 ebenda = RdA 56/439.

betrieblicher Übung ablösen.[58] Die Arbeitnehmer können dann ihre Ansprüche nur noch auf Tarifvertrag stützen.

§ 4 ACHT MUSTERFÄLLE

Um die praktischen Anliegen der betrieblichen Übung und der individuellen Tatbestände hervorzuheben und gleichzeitig die Vielschichtigkeit aller Fragen aufzuzeigen, empfiehlt es sich, den erklärungsbedürftigen Tatbestand in einigen Musterfällen darzulegen.

Fall 1. Der Arbeitgeber zahlt einem einzelnen Arbeitnehmer jahrelang, vorbehaltlos Gratifikationen. Trotz seiner Vorstellung, sich dadurch nicht zu verpflichten, muß er auch in Zukunft die Gratifikationen weiterzahlen (individueller Tatbestand).

Fall 2. Der Arbeitgeber führt eine Übung im Betrieb ein. Er ist der Auffassung, die Übung jederzeit wegfallen lassen zu können und hat sie nur deshalb eingeführt. Trotzdem wird er verpflichtet (Unabhängigkeit der Verpflichtung von einem Verpflichtungswillen).

Fall 3. Der Arbeitgeber führt eine betriebliche Übung ein. Einzelne Arbeitnehmer (etwa der Buchhalter) kennen den mangelnden Verpflichtungswillen des Arbeitgebers. Auch sie könen sich auf die Übung berufen. (Einheitliche Entstehung der betrieblichen Übung).

Fall 4. Der Arbeitgeber führt eine Übung ein, fügt jedoch einen Vorbehalt bei, daß er völlig freiwillig leiste. Dieser Vorbehalt kann den Arbeitgeber berechtigen, den Brauch zu ändern oder wegfallen zu lassen. (Grundsätzliche Beachtlichkeit des Vorbehalts).

Fall 5. Fügt der Arbeitgeber der Übung einen Vorbehalt bei, so kann er in der Regel (etwa bei Gratifikationen) die Zahlung ohne weiteres einstellen. Beim Ruhegeld ist ihm aber die Einstellung nur bei bestimmten Gründen erlaubt. (Unterschiedliche Behandlung des Vorbehalts).

---

58) RAG ARS 13/184, 188; 18/39, 40;
LAG Saarbrücken 8.6.60 BB 61/900; BAG 28.2.56 AP Nr. 1 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 2; v. 4.2.60 AP Nr. 7 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip.

Fall 6. Der Arbeitgeber stellt die vorbehaltlos gewährten Zahlungen ein oder ändert sie. Die Arbeitnehmer widersprechen nicht. Nach einiger Zeit kann sich niemand mehr auf die frühere Übung berufen (Wegfall der Übung durch Nichtanwendung).

Fall 7. Der Arbeitgeber fügt der vorbehaltlos eingeführten Übung einen Vorbehalt zu. Die Arbeitnehmer widersprechen nicht. Nach einiger Zeit müssen sich die Arbeitnehmer den Vorbehalt entgegenhalten lassen. (Tatsächliche Änderung der Übung).

Fall 8. Der Arbeitgeber vereinbart mit einem Arbeitnehmer, daß er die üblichen Leistungen nicht erhalten soll. Dann kann sich der Arbeitnehmer nicht auf die Übung berufen. (Abdingbarkeit der Übung).

§ 5 GLEICHBEHANDLUNG UND BETRIEBLICHE ÜBUNG

Untersucht man die verpflichtende Wirkung üblicher Leistungen im Arbeitsrecht, so muß zunächst feststehen, daß die betrachteten Rechtsfolgen auch tatsächlich auf die Üblichkeit der Leistungen beruhen. Sie dürfen also nicht auf ein Rechtsinstitut zurückgehen, das stets oder manchmal mit dem Tatbestand der betrieblichen Übung zusammenfällt. Um ein solches benachbartes Institut handelt es sich beim Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Arbeitsrecht. Beide Erscheinungen sind deshalb von einander abzugrenzen.

I. Gleichbehandlung und betriebliche Übung weisen eine Reihe gemeinsamer Merkmale auf [1]: Sie wurden beide ungefähr zur selben Zeit von der Rechtsprechung entwickelt und führen beide zu Ansprüchen gegen den Arbeitgeber. [2] Dabei überschneiden sich vielfach die Tatbestände, und die Rechtsfolgen [3] ergeben sich sowohl aus dem einen wie aus dem anderen Institut. [4] Beide Erscheinungen tra-

1) Die Verwandtschaft wird deshalb auch eifrig betont. Vgl. statt aller Staudinger-Weber A 301.

2) Götz Hueck, Gleichbehandlung, 72; Staudinger-Weber A 301.

3) Zahlt zum Beispiel ein Arbeitgeber allen Arbeitnehmern jahrelang, vorbehaltlos eine Gratifikation, und nimmt er 1961 einen einzelnen willkürlich von der Verteilung aus, während er alle anderen bedenkt, so entsteht der Anspruch des Ausgeschlossenen aus Gleichbehandlung und aus betrieblicher Übung.

4) Häufig wird der Arbeitnehmer (z.B. der Neueintretende) eine betriebliche Übung nur dann nachweisen können, wenn er auf die Behandlung anderer verweist. Er befindet sich dann in einer ähnlichen Situation, wie einer, der zur Stützung des Gleichbehandlungsbegehrens auf die den anderen Arbeitnehmern widerfahrene Behandlung hindeutet.

gen kollektive Züge. Sie entfalten ihre Wirkungen gerade dort, wo klare einzelvertragliche Bindungen fehlen [5] und der Anspruch nicht schon aus anderen Rechtsgründen abzuleiten ist. Die hauptsächliche Bedeutung beider liegt auch heute noch auf dem Gebiet der freiwilligen Sozialleistungen, [6] bei denen der Arbeitgeber als Verteiler auftritt, also insbesondere bei Gratifikationen und Ruhegeld.

Wegen dieser Verwandtschaft hat man in Rechtsprechung und Lehre die Verschiedenartigkeit beider Erscheinungen nicht immer klar gesehen [7] und beide sogar identifiziert. [8]

II. Dennoch unterscheiden sich beide Institute hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Funktionen grundsätzlich voneinander. Sie treten sich in zwei Fallgruppen gegenüber. Bei den "reinen Tatbeständen" tritt die Abgrenzung klar zutage, während man bei den "Überschneidungstatbeständen" auf Schwierigkeiten stößt:

1. Die reinen Fälle

a) Gewährt ein Arbeitgeber zu Weihnachten 1961 allen Betriebsangehörigen eine einmalige Gratifikation, so darf er nicht einen einzelnen willkürlich ausnehmen. Tut er es doch, so verstößt er gegen den Gleichbehandlungssatz. Der übergangene Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf die ihm vorenthaltene einmalige Leistung.

---

5) Dietz, Freiheit und Bindung, 22; Engelschall, 50; Hueck-Nipperdey I, 387; Staudinger-Weber A 373; Waechter BlStSozArbR 57/361; Gros Anm. zu BAG 8.12.60 AR-Blattei Ruhegeld Entscheidung 6 und BAG 4.3.61 AR.-Blattei Gratifikation Entscheidung 7 Leitsatz = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Gratifikation = BB 61/529.

6) Nikisch I, 505; Staudinger - Nipperdey - Mohnen Rdnr. 13 vor § 617 BGB S. 1449 3. Abs.

7) Dies gilt vor allem für das grundlegende Urteil des RAG vom 19.1.38 ARS 33/172 ff und andere Entscheidungen, die sich der Lehre von der Konkreten Ordnung des Betriebes angeschlossen haben.
In der Literatur trifft der Vorwurf u.a. Beine AR.-Blattei Ruhegeld I Übersicht B I 1; Bobrowski, 116; Gros, Sitzler-Festschrift, 234 und 236; Maus, Handbuch, IV Rdnr. 603; Palandt-Gramm 4 b vor § 611 BGB und 3 a, aa zu § 611 BGB; Staudinger-Nipperdey-Mohnen Rdnr. 339 a vor § 611 BGB; Zigan, Weihnachtsgratifikation, 14; auch Heißmann RdA 55/371, 372 zögert bei der Frage, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz ohne betriebliche Übung rechtsbegründend sein könne.

8) Gros, Handwörterbuch, 110: "Der Rechtsgrund der durch eine Betriebsübung ausgelösten Rechtsansprüche und Verpflichtungen liegt in dem durch die arbeitsrechtliche Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsatz der Gleichbehandlung der Betriebsangehörigen."

b) Zahlt dagegen der Arbeitgeber jahrelang, vorbehaltlos den Arbeitnehmern Gratifikationen, und stellt er dann seine Zahlungen allgemein und unterschiedslos ein, so kann er auf Grund betrieblicher Übung verpflichtet sein, allen Arbeitnehmern 1961 und in Zukunft an Weihnachten Gratifikationen zu zahlen.

c) Daraus ergibt sich: Wer Gleichbehandlung verlangt, nimmt seine Schlechterstellung zum Anlaß und rügt die Ungleichbehandlung im Verhältnis zu den anderen Arbeitnehmern. Dazu muß mindestens ein vergleichbarer Arbeitnehmer anders behandelt worden sein. [9] Andererseits kann der Nachweis der Ungleichbehandlung auch bei einmaligen Gratifikationszahlungen gelingen. [10] Die Funktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes erschöpft sich darin, diese Ungleichheit unter den Arbeitnehmern zu beseitigen. [11] Ein Anspruch aus betrieblicher Übung setzt dagegen wiederholt gewährte Leistungen voraus. [12] Wer sich auf eine Übung beruft, behauptet eine Pflicht des Arbeitgebers aus der Wiederholung zur Wiederholung. Die Funktion [13] der betrieblichen Übung ist es, den Arbeitgeber zu zwingen, ein seither geübtes Verhalten auch in der Zukunft beizubehalten. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß der Gleichbehandlungssatz auch gegen den Willen des Arbeitgebers wirkt, [14] während der Arbeitgeber bei der betrieblichen Übung durch einen Vorbehalt zumindest teilweise seine Freiheit erhalten kann. [15][16]

---

9) Hilger, Ruhegeld, 99; Soergel-Siebert, E 3 b cc zu § 242 BGB S. 621; Staudinger-Weber A 301.

10) Das ist unbestritten. Vgl. statt aller Götz Hueck, Gleichbehandlung, 118.

11) Bötticher, Waffengleichheit, 3.

12) Vgl. oben die Rechtsprechungsübersicht Note 6.

13) Götz-Hueck, Gleichbehandlung, 72.

14) Graef, 47; Gros, Handbuch, 137; Hueck-Nipperdey I, 139; Götz-Hueck, Gleichbehandlung, 72, 122; Palandt-Gramm Anm. 3 a, aa zu § 611 BGB. Anderer Ansicht offenbar Staudinger-Nipperdey-Mohnen Rdnr. 13 vor § 617 BGB S. 1449 Abs. 2.

15) Daneben lassen sich noch weitere Unterschiede anführen. So kann die betriebliche Übung auch gegen den Gleichbehandlungssatz verstoßen. So zutreffend Gumpert BB 58/196, 197; Staudinger-Weber A 301.

16) Wenn Staudinger-Weber A 373 (ähnlich Hilger, Ruhegeld, 39) unterscheidet, bei der Übung entstehe ein Anspruch der Arbeitnehmer originär, der Anspruch aus Gleichbehandlung dagegen setze bereits bestehende Ansprüche voraus, so ist dies in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Zahlt der Arbeitgeber eine einmalige, freiwillige Gratifikation, ohne vorherige Ankündigung, so hatte niemand und zu keiner Zeit darauf einen Anspruch. Der willkürlich Übergangene kann aber trotzdem die Gratifikation verlangen. Zutreffend Frey AuR. 60/37, 42: Der Arbeitnehmer beansprucht, was die anderen erhielten, nicht was sie beanspruchen konnten.

d) Soweit man in der Lehre nach allgemeinen Formeln für die Abgrenzung sucht, geht man von den "reinen" Tatbeständen aus. Im Anschluß an Siebert [17] wird behauptet, [18] die Gleichbehandlung bewirke eine horizontale, die betriebliche Übung eine vertikale Bindung des Arbeitgebers. Ebenso geht Bötticher [19] zu Werk: Bei der Übung geht es um die "Bindung in der Zeit", bei der Gleichbehandlung um die "Bindung in der Reihe".

2. Die Überschneidungstatbestände

a) Der Arbeitgeber zahlt jahrelang an alle ausscheidenden Arbeitnehmer Ruhegeld. Plötzlich kündigt er an, er werde von einem Stichtag ab zwar an seitherige Pensionäre weiterleisten, aber den Neuausscheidenden kein Ruhegeld mehr gewähren. Der Arbeitgeber will die Ruhegeldzahlung auslaufen lassen. [20]

b) Der Arbeitgeber zahlt an alle Kriegsteilnehmer jahrelang ein Ruhegeld. Bevor der letzte Kriegsteilnehmer ausgeschieden ist, gibt er bekannt, er werde in Zukunft keinem Ausscheidenden mehr ein Ruhegeld bezahlen.

c) Der Arbeitgeber hat die Höhe des Ruhegeldes stets nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit bemessen. Von einem Stichtag ab will er generell von diesem System abweichen und auf die Bedürftigkeit der Arbeitnehmer abheben.

d) In allen Fällen kann der Arbeitgeber auf Grund betrieblicher Übung zur Ruhegeldzahlung verpflichtet sein. Leistet er jedoch unter Vorbehalt, so bleibt dadurch seine Freiheit in der Regel erhalten. Gerade bei den Ruhegeldfällen ist die Bedeutung des Vorbehalts aber eingeschränkt. Der Arbeitgeber kann von der Übung nur abweichen, wenn ihm sachliche Gründe zur Seite stehen. [21] Es ist deshalb denkbar, daß die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Ruhegeldzahlung gar nicht auf der betrieblichen Übung beruht, sondern aus dem Gleichbehandlungsgebot fließt. [22] Dies wäre dann möglich, wenn auch die generelle Einstellung

---

17) In Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 115.

18) Engelschall, 55; Feichtinger, 105; Putzo, 81, Staudinger-Weber A 101 und A 373.

19) Waffengleichheit, 5 und RdA 53/161.
Ihm folgen Graef, 47, Heissmann, Ruhegeld, 66; Hilger, Ruhegeld, 54, 55, 84; Staudinger-Weber A 301 und A 373.

20) Ähnlich liegt der Fall, wenn der Arbeitgeber jahrelang bei Arbeitsjubiläen, (etwa 25jährige Betriebszugehörigkeit) Geldzuwendungen austeilt, und wenn er von einem Stichtag ab generell nichts mehr leisten will.

21) Vgl. Die Rechtsprechungsübersicht oben Note 34.

22) Im Verhältnis zur Übung entstünde die Bindung also post hoc, aber nicht propter hoc.

einer Ruhegeldregelung unter das Gleichbehandlungsgebot fiele, so daß der Arbeitgeber die vor und nach einem Stichtag ausscheidenden Arbeitnehmer nicht willkürlich ungleich behandeln könnte. Es soll deshalb untersucht werden, wie sich der Gleichbehandlungsgrundsatz zur allgemeinen Einstellung einer generellen Regelung im Ruhegeldrecht verhält, und ob er dabei zu einer zeitlichen Bindung des Arbeitgebers führen kann.

Die Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes kommt deshalb in Frage, weil es sich in den genannten Fällen um Probleme der Bindung in der Reihe handelt [23]. Die Reihe weist aber zwei Besonderheiten auf: Der erfaßte Personenkreis ist nicht feststellbar und vermehrt sich fortlaufend. [24] Außerdem läuft die Reihe in die Zeit hinein, da die einzelnen Glieder nicht gleichzeitig, sondern nacheinander erscheinen.

Angesichts dieser Besonderheit versagen bei der Abgrenzung des Gleichbehandlungssatzes von der betrieblichen Übung die Formeln "horizontale" und "vertikale" Bindung, [25] sowie die Gegenüberstellung Bindung in der "Reihe" und Bindung in der "Zeit".

e) In Literatur und Rechtsprechung wird nur gelegentlich erörtert, wie sich der Gleichbehandlungssatz zur allgemeinen Einstellung oder Änderung einer generellen Regelung verhält. [26] Nach Hilger [27] und Heissmann [28] kann der Arbeit-

---

23) Vgl. Bötticher, Waffengleichheit, 3, der diesen Ausdruck zunächst im Gegensatz zur Gleichheit der Sozialpartner geprägt hat. Ebenso ließe sich von einer Bindung in die Breite (Hilger, Ruhegeld, 55) oder davon sprechen, daß die einzelnen Glieder der Arbeitnehmerkette gleichzubehandeln sind.

24) Im Gegensatz dazu "die reinen Tatbestände". Gewährt der Arbeitgeber allen Arbeitnehmern, die am 20. 12. 61 dem Betrieb angehören, eine Weihnachtsgratifikation, so handelt es sich um einen zeitlich abgeschlossenen Tatbestand, der es ermöglicht, den in Frage kommenden Personenkreis genau zu bestimmen.

25) Tritt nämlich in diesen Fällen eine Bindung in der Reihe ein, so bedeutet dies gleichzeitig eine Bindung in der Zeit, da die Reihe "in die Zeit" hineinläuft. Beide Begriffe schließen sich also nicht aus. Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 115, 4. weist deshalb auch auf die Möglichkeit hin, der Gleichbehandlungssatz könne z.B. beim Ruhegeld vertikal wirken. (Ebenso Note 57 S. 115).

26) So verweist etwa Götz Hueck, Gleichbehandlung, 72, 73 nur darauf, bei Ruhegeldern sei die Grenze zwischen Gleichbehandlung und betrieblicher Übung meist deshalb verwischt, weil beide zugleich vorlägen.

27) Ruhegeld, 55, 84, 100. Die Begründungen werden im Text erörtert.

28) Ruhegeld, 66. Ebenso Maus, Handbuch, V Rdnr. 243, 258. Putzo, 81. Unklar dagegen Bobrowski, 116.

geber die Ruhegeldregelung mit einem Stichtag auslaufen lassen. [29] Nach Hueck[30] kann der Arbeitgeber jedenfalls Neueintretende anders behandeln, als die seitherigen Betriebsangehörigen. Das BAG hat entschieden,[31] die Gleichbehandlung erfordere nicht, gegenwärtige und zukünftige Pensionäre gleichzustellen.[32]

---

29) Wenn Götz Hueck, B 56/352, 354 ausführt, der Gleichbehandlungssatz sei dann nicht verletzt, wenn die Änderung des Systems mit dem Wesen des Ruhegelds in Zusammenhang stehe, und wenn Waechter fordert (BlStSozArbR 57/362), der Arbeitgeber dürfe vom eigenen System nicht systemwidrig abweichen, so scheinen sie damit anderer Ansicht zu sein. In Wirklichkeit haben beide den Fall des LAG Frankfurt vom 25.9.51 BB 52/38 im Auge, wo die Höhe der Ruhegelder nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit bemessen war, eine durchgeführte Kürzung sich aber nach der Bedürftigkeit staffelte. Hier handelt es sich aber nicht in erster Linie um die Ablösung einer Ordnung durch eine andere, sondern um die gleichzeitige Anwendung zweier verschiedener Bemessungsgrundlagen bei Ruhegeldgewähr und bei Ruhegeldkürzung.

30) Lehmann-Festschrift II, 645. Nach Hueck entsteht dabei deshalb kein Anspruch auf Gleichbehandlung, weil den alten Arbeitnehmern die Leistung auf Grund von Vertragsrechten (Übung) zustehe, die den neuen fehle. Die Neuen bildeten insoweit eine besondere Gruppe. Damit soll ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung behauptet werden. Dieser liegt aber noch nicht im bloßen Fehlen der Vertragsgrundlage; denn es ist gerade Sinn des Gleichbehandlungssatzes, eine formell fehlende Rechtsgrundlage zu ersetzen.
Wie Hueck aber auch BAG vom 13.10.60 AR-Blattei betriebliche Übung Entscheidung 1 3 c.

31) BAG (Beschluß des Großen Senats) 16.3.56 AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG Bl. 5 RS = BB 56/560 = BAG 3/1 ff, vom 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 Ruhegehalt Bl. 3 (III) = BB 57, 259; vom 17.12.58 = BB 59/342, 343; vom 13.10.60 AR-Blattei Betriebsübung Entscheidung 1 3 c.
Dem Ergebnis stimmen zu: Graef, 47; Waechter BlStSozArbR 57/361, 362.

32) Auch im Verwaltungsrecht ist das Problem der zeitlichen Wirkung des Gleichheitssatzes aufgetaucht. Handhabt die Behörde ihr Ermessen längere Zeit hindurch in einer bestimmten Weise, so darf sie ohne sachlichen Grund von ihrer seitherigen Übung nicht abweichen. Man spricht von Ermessensbindung oder Selbstbindung der Behörde. Ob aber die Bindung auf dem Gleichheitssatz beruht oder auf einem Verwaltungsbrauch, oder ob sie sich allgemein aus der Ermessenslehre des Verwaltungsrechts ergibt, ist bestritten.
Teilweise wird die Ermessensbindung erklärt, ohne auf den Gleichheitssatz einzugehen. Klinger, § 42 G IV b (187). Krüger, Kartellamt, Amtsrecht und Gewaltenteilung, DÖV 57/686, 688; Zeuner BB 57/647 ff; OVG Münster 17.10.50 JZ 51/119 mit zustimmender Anmerkung Bachof; Hamburgisches OVG 12.5.53 VRspr. 6/101, 104 Nr. 22; BVerwG 20.6.56 BVerwGE 4/7, 9 und vom 8.12.60 DÖV 61/473.

3. Die rechtliche Begründung muß unterscheiden, ob die generelle, zeitliche Einstellung einer Regelung überhaupt unter das Gebot der Gleichbehandlung fällt. Bejaht man dies, so ist die Sachlichkeit einer solchen Differenzierung zu prüfen.

a) Die generelle, zeitliche Einstellung einer Regelung würde dann nicht vom Gleichbehandlungsgebot erfaßt werden, wenn dieses Gebot mit den Begriffen Mehrheit und Minderheit derart verknüpft wäre, daß es nur verboten ist, einzelne Arbeitnehmer gegenüber der Allgemeinheit willkürlich schlechter zu behandeln. Die Einstellung einer generellen Regelung richtet sich nämlich ihrer Zielsetzung nach nicht gegen einzelne, vielmehr soll eine allgemeine Ordnung durch eine andere allgemeine Ordnung ersetzt werden. [33]

Fortsetzung der Fußnote 32 von Seite 24:
Die Mehrzahl der Autoren sieht im willkürlichen Abweichen von der Übung jeoch einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz. Dabei wird die hier entscheidende Frage nicht immer angesprochen, ob auch das generelle Abweichen für die Zukunft einen solchen Verstoß begründen kann.
Daß jedenfalls ein Abweichen im Einzelfall den Gleichheitssatz verletzen kann (Problem des Überspringens) vertreten Bachof, Vornahmeklage, 95, 96; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdnr. 31; Fleiner, 140; Forsthoff, 85; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeit, 324; derselbe VerwR, 446/447; Koehler § 114 III, 5; Schunck-De Clerck § 42 2 c dd 1 1 a (180); Eyermann-Fröhler § 114 Rdnr. 22; BVerwG 27.9.56 BB 57/52 und vom 16.5.57 DVbl 57/650, 651. Ausdrücklich in diesem Sinne Württ.-Bad. VGH 9.3.56 VRspr. 9/471 Nr. 106, der im Leitsatz ausführt, daß es der Behörde nicht verwehrt sein könne, "eine von ihr geübte Praxis von einem bestimmten Zeitpunkt an zu ändern, wenn sie nur in Zukunft wieder alle anfallenden Fälle gleich behandelt."
Teilweise wird aber auch ohne Rücksicht auf Einzelfall oder generelle Einstellung das willkürliche Abweichen von einer Übung allgemein als Verstoß gegen den Gleichheitssatz gewertet; Fleiner, 140, Note 23; Klinger § 42 G IV b; Neumann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte II, 147/148; Menger, Aus der Praxis der Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit VerwArch 60/64, 71, 72; Oswald, Die Selbstbindung des verwaltungsbehördlichen Ermessens im Steuerrecht, JR 61/256; Wolff, 145; BVerwG 27.6.55 BVerwGE 2/163, 168, jeder Einzelfall sei wie jeder andere gleichgelagerte zu behandeln; vom 27.1.60 DÖV 60/477; vom 25.1.61 DÖV 61/391.
Aus der verwaltungsrechtlichen Lehre kann deshalb für das arbeitsrechtliche Problem keine fertige Lösung übernommen werden.

33) Die Einstellung soll also die Mehrheit von morgen treffen. Dabei sind freilich Fälle denkbar, in denen zunächst nicht eindeutig feststeht, ob der Arbeitgeber einen einzelnen Arbeitnehmer überspringen oder generell eine andere Ordnung einführen

Die Koppelung des Gleichbehandlungssatzes mit den Begriffen Mehrheit und Minderheit liegt nahe; denn ganz im Vordergrund der Gleichbehandlungserörterung stehen die Formulierungen, der einzelne dürfe nicht von einer Leistung ausgenommen werden, welche alle andern erhielten, das Gleichbehandlungsgebot verbiete die willkürliche Schlechterstellung einzelner,[34] die willkürliche Herausnahme einzelner aus einer Ordnung.[35] Dabei kann es sich aber nicht um eine

---

Fortsetzung der Fußnote 33 von Seite 25:
will. Insbesondere in kleinen Betrieben, wo die einzelnen Pensionierungen weit auseinander liegen, kann die Verweigerung des Ruhegeldes an einen Arbeitnehmer also beides bedeuten.

34) Bötticher, Waffengleichheit, 17 und RdA 53/161; Denecke RGRK Anm. 12 vor § 611 BGB; Dersch RdA 49/325, 328 (Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis); Drüen, 49; Dietz, Kommentar, Anm. 12 zu § 51 BetrVG; derselbe, Freiheit und Bindung, 21; Engelschall, 42, 46, 54; Fauth BlStSozArbR 59/10; Feichtinger, 101, 104; Frey AuR 60/37, 41 und 42; Graef, 47; Gros, Handwörterbuch, 137; derselbe Sitzler-Festschrift, 235; Gumpert BB 58/196; Heissmann RdA 55/371; Hilger, Ruhegeld, 39; Hueck-Nipperdey I, 284 und 386; Götz Hueck, Gleichbehandlung, 65 und B 56/352; Kaskel-Dersch, 158; Maus, Handbuch V Rdnr. 234, 235; Monjau B 56/1156, 1157; Nikisch, Individualismus und Kollektivismus im heutigen Arbeitsrecht RdA 53/84; Palandt-Gramm Anm. A 3 a, aa zu § 611 BGB; Palme, Grenzen der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht BlStSozArbR 58/156; Putzo, 96; Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 115 4.; Soergel-Siebert Anm. E 3 b cc zu § 242 BGB S. 621; Staudinger-Nipperdey-Mohnen Rdnr. 13 vor § 617 BGB 1448; Staudinger-Nipperdey-Neumann Rdnr. 204 zu § 611 BGB; Staudinger-Weber A 395; Zigan B 52/1010; Weichner, 89.
Aus der umfangreichen Judikatur: RAG ARS 35/144, Leitsatz; 36/12, 16; 36/54, 55; 38/252, Leitsatz; 39/65, Leitsatz; 42/418, 421; 44/64, Leitsatz; 44/93, 94.
Sowie aus der Nachkriegsrechtsprechung: LAG Baden-Württemberg 21.1.59 B 59/207, 208; BGH 15.12.51 BB 52/116 = B 52/167; BAG 12.7.57 AP Nr. 5 zu § 242 BGB, Gleichbehandlung, Leitsatz; vom 25.4.59 AP Nr. 15 ebenda Bl. 2; Bühnenoberschiedsgericht Frankfurt 1.7.54 AP Nr. 2 ebenda Bl. 1 RS.

35) So vorwiegend das BAG: vom 16.3.56 AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG Bl. 5 RS; vom 4.12.56 AP Nr. 16 zu § 3 TOA Bl. 2 RS; vom 12.7.57 AP Nr. 5 zu § 242 BGB Gleichbehandlung Bl. 2; vom 3.4.57 AP Nr. 4 ebenda Bl. 1 RS; vom 17.12.58 AP Nr. 47 zu § 242 BGB Ruhegehalt letzter Abs.
Vgl. ferner Frey, die Rechtsprechung des BAG zur Dogmatisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht AuR 61/161 ff.

Definition handeln.[36] Das Gleichbehandlungsgebot wirkt im Arbeitsrecht in zwei Ebenen:

aa) Gewährt der Arbeitgeber seinen Betriebsangehörigen nach generellen Regeln Leistungen, so darf er nicht zuungunsten einzelner von seinen Verteilungsgrundsätzen abweichen.[37] Der Arbeitgeber muß sein selbst gesetztes System gleichmäßig, unterschiedslos und ohne Ansehen der Person anwenden. Man kann hier mit Bötticher[38] von einer Normvollzugswirkung des Gleichbehandlungssatzes sprechen. Nur in diesem Bereich spielt der Begriff der Mehrheit eine Rolle.[39]

bb) Daneben korrigiert aber der Gleichbehandlungssatz auch die Verteilungsgrundsätze, das System, die Gruppenbildung des Arbeitgebers.[40] Entschließt sich der

---

36) Häufig wird hervorgehoben (BAG 3.4.57 AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung Bl. 1 RS) der Gleichbehandlungssatz verbiete nur die Schlechterstellung einzelner. Damit soll aber nur gesagt werden, die "Besserstellung" einzelner sei erlaubt. Vgl. auch Fauth BlStSozArbR 59/10.

37) Beim Ruhegeld bedeutet dies, daß der Arbeitgeber nicht einzelne bei der Ruhegeldgewährung überspringen darf. Gewährt er allen vorher und nachher Ausscheidenden Ruhegeld, so bedeutet das Überspringen eines einzelnen eine Ausnahme gegenüber der allgemein geltenden Ordnung.

38) RdA 53/161, 162. Vgl. zur Lehre Böttichers, insbesondere zu ihrem Einfluß auf die betriebliche Übung unten S. 85.

39) So kann die gleichmäßige Behandlung der Mehrzahl häufig erst beweisen, daß der Arbeitgeber überhaupt nach generellen Merkmalen, nach einem allgemeinen System vorgegangen ist, und nicht nur an einzelne auf Grund individuell motivierter Zusagen leistete. So zutreffend Götz Hueck, Gleichbehandlung, 244; Gumpert BB 58/196.

40) Bötticher RdA 53/161, 163; Dietz, Kommentar Anm. 5 u. 7 zu § 51 BetrVG; Fauth BlStSozArbR 59/10, 12; Feichtinger,102; Frey AuR 60/168, 170; derselbe, Gleichbehandlung,21; Graef, 47; Gros AR-Blattei, Gratifikation I Übersicht B IV 2 a, Gumpert B 58/196, 197; Heissmann, Ruhegeld, 67; derselbe RdA 55/371; Hilger, Ruhegeld, 82; Hueck-Nipperdey I, 386; Götz Hueck, Gleichbehandlung, 63 u. B 56/352, 353; Kaskel-Dersch, 158; Leisner, 273; Maus, Handbuch V Rdnr. 241 u. 252; Nikisch I, 506 und B 54/1021; Neumann-Duesberg, 444; Putzo, 85; Staudinger-Nipperdey-Neumann Rdnr. 204 zu § 611 BGB; Staudinger-Weber A 395; Waechter BlStSozArbR 57/361, 362; Weichner, 98 ff;
Bühnenoberschiedsgericht Frankfurt 1.7.54 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Gleichbehandlung Bl. 1 RS mit zustimmender Anmerkung Molitor; BAG 13.9.56 AR-Blattei Gleichbehandlung Entscheidung 9 unter 1.; vom 22.11.57 AP Nr. 34 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 3 RS; vom 28.3.58 AR-Blattei Gleichbehandlung Ent-

Arbeitgeber, Leistungen auszuschütten, so darf er nur dann Gruppen bilden, wenn einleuchtende, sich aus der Sachlage ergebende Gründe vorliegen.[41] Der Gleichbehandlungssatz übt dabei eine Art Normenkontrolle [42] aus. Die Begriffe Mehrheit und Minderheit passen in der Normebene nicht. Anhand des abstrakt gefaßten Tatbestandes läßt sich nicht feststellen, welche Zahlenverhältnisse sich später bei der Anwendung ergeben. Der Gleichbehandlungssatz zeigt hier seine eigentliche Funktion, den Arbeitgeber zur Verwendung gerechtfertigter, sachlogischer Unterscheidungsmerkmale [43] zu zwingen.[44]

Die generelle Aufhebung einer Ruhegeldregelung spielt sich als zeitliche Differenzierung in der Normebene ab. Daß es sich dabei nicht um eine Schlechterstellung einzelner handelt, schließt die Anwendung des Gleichbehandlungsatzes nicht aus.

b) Die generelle Einstellung einer Regelung würde auch dann nicht vom Gleichbehandlungsgebot erfaßt, wenn dieses nur die diskriminierende Ungleichbehandlung verböte. Diese von einer Minderheit [45] vertretene Auffassung, ist

---

Fortsetzung der Fußnote 40 von Seite 27:
scheidung 12 Bl. 1; vom 21.7.60 in Müller Gröninger PraktArbR Ruhegeld I Nr. 319 II; vom 8.12.60 AR-Blattei Gratifikation Entscheidung 6 unter 2. = BB 61/175 = AP Nr. 20 zu § 611 BGB Gratifikation.

41) Zum Begriff der Sachlichkeit vgl. Götz Hueck, Gleichbehandlung, 184 und im einzelnen unten Note 64.

42) Bötticher RdA 53/161, 163: Der Arbeitgeber werde durch die Gleichbehandlung einer "Betriebsverfassungs- oder verwaltungsgerichtsbarkeit" unterworfen.

43) Problematisch ist hier nur die Sanktion. Bildet der Arbeitgeber bei einer Gratifikationsverteilung Gruppen aus unsachlichen Gesichtspunkten, so kann entweder das ganze System nichtig sein, oder aber der Arbeitgeber wird Leistungsansprüchen durch alle Arbeitnehmer ausgesetzt. Der Frage kann hier nicht nachgegangen werden.

44) Daraus folgt im Gegensatz zur hL, daß auch die generelle Besserstellung einer Gruppe untersagt ist. Der Arbeitgeber, der etwa Mitglieder einer Partei besser behandelt, verstößt gegen den Gleichbehandlungsatz. Problematisch ist hier nur die Sanktion.

45) Bobrowski, 38 (Zurücksetzung); Graef, 47 (unsoziale Maßnahme); Staudinger-Nipperdey-Mohnen Rdnr. 13 vor § 617 BGB S. 1449 Abs. 1 (Diskriminierung); Müller, Findet der Gleichbehandlungsgrundsatz im überbetrieblichen Raum Anwendung? B 58/52 (Verletzung der Personenwürde); Bühnenoberschiedsgericht Frankfurt 1.7.54 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Gleichbehandlung Bl. 1 RS (Diffamierung).

mit der hL [46] abzulehnen. Die Begriffe "Diskriminierung", "Kränkung", "Zurücksetzung" sind schon wegen ihrer Unbestimmtheit unpraktikabel,[47] sofern damit mehr gesagt sein soll, als daß einzelne nicht gegenüber der Allgemeinheit willkürlich ausgenommen werden dürften. Außerdem liegt dem Gleichbehandlungssatz nur das Verbot willkürlicher Differenzierung zugrunde.[48] Hiergegen verstößt der Arbeitgeber dann, wenn er sachlich nicht begründete Unterschiede macht. Ob sie kränkend wirken, ist dann nicht ausschlaggebend.

c) In der Literatur wird noch ein anderer Weg eingeschlagen, um die Differenzierung nach zeitlichen Gesichtspunkten aus dem Anwendungsbereich des Gleichbehandlungssatzes herauszulösen. Heissmann,[49] Frey,[50] und Putzo [51] interpretieren den Gleichbehandlungssatz von der Vergleichbarkeit der Handlungen her einschränkend. Sie behaupten, nur gegenwärtige Handlungen des Arbeitgebers seien miteinander zu vergleichen. Zeitlich zurückliegende Handlungen könnte man dagegen nicht zum Vergleich heranziehen: Hier fehle es schon an der Vergleichbarkeit. So können sich nach Heissmann [52] Arbeitnehmer im Jahre 1960 zur Stützung des Gleichbehandlungsbegehrens nie darauf berufen, andere Arbeitnehmer hätten 1959 Leistungen erhalten.

Es ist schwer einzusehen, warum gegenwärtige und vergangene Handlungen bei völlig gleichbleibenden Verhältnissen schon nicht vergleichbar sein sollen.[53]

---

46) Vgl. vor allem Götz Hueck, Gleichbehandlung,180 und 182 mit ausführlichen Nachweisen, wonach die willkürliche Ungleichbehandlung für die Verletzung des Gleichbehandlungsatzes nötig, aber auch ausreichend ist. Besonders deutlich auch Frey, Gleichheit als Beurteilungsmaßstab bei Gleichberechtigung und Gleichbehandlung AuR 59/100, 104. Das Willkürverbot erfordere keine besondere Unanständigkeit, Treueverletzung, Sittenwidrigkeit, Bosheit.

47) Die Begriffe können Einzelfälle erläutern und veranschaulichen, dagegen bilden sie kein allgemeines Erfordernis.
Freilich verbietet der Gleichbehandlungssatz auch die diskriminierende Ungleichbehandlung. Man denke an die Formulierungen in Art. 3 Abs. 3 GG und § 51 Abs. 2 BetrVG. Aber das ist nicht seine alleinige Zielsetzung. Über die geschichtliche Rolle des Diskriminierungsgedankens vgl. Raiser, Gleichheitsgrundsatz ZHR 111/75, 78.

48) HL. Vgl. Götz Hueck Note 46 oben mit Nachweisen.

49) Ruhegeld, 66.

50) AuR 60/168, 169, der von dem Erfordernis der "Einheit der Zeit" spricht.

51) S. 80, 82 III.

52) Ruhegeld, 66.

53) Ändern sich die Verhältnisse, so wird die Frage ohnehin unproblematisch; denn in der Veränderung der Verhältnisse liegt in der Regel ein sachlicher Grund.

Sieht man die Aufgabe des Gleichbehandlungssatzes darin, die willkürliche Ungleichbehandlung [54] der Arbeitnehmer untereinander zu verhindern, so ist nur entscheidend, daß sich ein Unterschied in der Behandlung der Arbeitnehmer feststellen läßt. Daß die einzelnen Arbeitnehmer nacheinander erscheinen, mag neue Probleme aufwerfen. Die Vergleichbarkeit wird dadurch nicht automatisch beseitigt.

Bei näherem Zusehen zeigt sich ferner, daß auf ureigenen Gebieten des Gleichbehandlungssatzes gegenwärtige Handlungen des Arbeitgebers oft fehlen. So werden selten mehrere Arbeitnehmer am selben Tag ausscheiden oder ihr Betriebsjubiläum feiern. Danach wäre der Gleichbehandlungssatz hier [55] weitgehend ausgeschaltet.[56] Ähnlich liegt folgender Fall: Überspringt der Arbeitgeber einen einzelnen Arbeitnehmer bei der Jubiläumsgratifikation, so fiele dieser mit dem Gleichbehandlungsbegehren aus, wenn nicht zufällig gleichzeitig mit ihm andere ihr Jubiläum begingen.[57] Eine solche Beschränkung [58] des Gleichbehandlungssatzes kann nicht richtig sein.

d) Wenn auch zur zeitlichen Wirkung des Gleichbehandlungssatzes nicht abschließend Stellung genommen werden kann, so erscheint doch folgendes richtig:

---

54) Vgl. Bötticher, Waffengleichheit, 3.

55) Gerade bei den Sozialleistungen soll aber heute noch der Schwerpunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes liegen. Vgl. hierzu etwa Nikisch I, 505.

56) Heissmann, Ruhegeld,66, sucht dies damit zu begründen, hier bestande keine "Reihe". Diese Auffassung ist nicht richtig und mit dem von Bötticher geprägten Begriff nicht vereinbar. Der Begriff "Bindung in der Reihe" wurde nur geschaffen, um das Nebeneinander aller Arbeitnehmer im Betrieb zu verdeutlichen. Ebenso könnte man von einer Bindung in der Breite (Hilger, Ruhegeld 55) sprechen. Es soll ein Bild dafür geschaffen werden, daß etwa eine überwiegend durchgeführte Gratifikationsverteilung sich auch auf die restlichen Glieder der Arbeitnehmerkette erstreckt.

57) Daß im willkürlichen Überspringen eines Arbeitnehmers aber eine Verletzung der Gleichbehandlung liegt, ist anerkannt. Vgl. hierzu oben Note 37 und für das öffentliche Recht Note 32.

58) Daß gegenwartige und vergangene Handlungen im Rahmen des Gleichbehandlungssatzes miteinander verglichen werden können, ist auch Ansicht von Hilger und Hueck. Wenn nämlich Hilger, Ruhegeld,55, 100 die zeitliche Differenzierung als sachliches Differenzierungsmerkmal ansieht, so setzt sie damit die Vergleichsbarkeit der Behandlungen voraus: denn erst, wenn die Vergleichbarkeit feststeht, wird die Frage nach der Sachlichkeit der Ungleichbehandlung akut. Ähnlich Hueck, Lehmann-Festschrift II, 645.

Das Gleichbehandlungsgebot verbietet dem Arbeitgeber, der als Verteiler auftritt, die Arbeitnehmer willkürlich unterschiedlich zu behandeln.[59] Dieses Gebot macht vor der Zeit nicht Halt. Die Arbeitnehmer sind auch dann gleich zu behandeln, wenn sie die abstrakten Voraussetzungen nicht gleichzeitig, sondern nacheinander erfüllen. Der Gleichbehandlungssatz verbietet grundsätzlich jede, also auch die zeitlich auseinander liegende Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer, soweit sie willkürlich ist.

Da auch die generelle Einstellung einer Ruhegeldregelung zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer untereinander führt, wird sie vom Gleichbehandlungssatz kontrolliert. Es fragt sich somit, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine solche allgemeine Einstellung im Sinne des Gleichbehandlungssatzes sachlich gerechtfertigt ist. Zwei Möglichkeiten kommen in Betracht: Entweder ist allein die Tatsache, daß der Arbeitgeber die Regelung g e n e r e l l aufhebt, ein sachliches, d.h. nicht willkürliches Differenzierungsmerkmal, oder es muß sich die Sachlichkeit aus einem b e s o n d e r e n Grunde ergeben.[60]

---

59) Der Arbeitgeber darf also nur sachlich gerechtfertigte Unterschiede bei der Ausschüttung sozialer Leistungen machen. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Gleichbehandlungssatz positiv bedeute, der Arbeitgeber müsse im Betrieb ein gerechtes Maß anwenden, wie dies Frey AuR 60/37, 40 u. 103; Galperin RdA 53/169 u. 170; Gros, Sitzler-Festschrift, 234; Kunkel B 53/693, 694, behaupten. Diese Ansicht ist abzulehnen, da sie die Grenzen der Gleichbehandlung verwischt. Im Rahmen der Gleichbehandlung wird lediglich geprüft, ob die Differenzierung sachgerecht ist, nicht aber ob das Maß als solches sachgerecht ist. Werden in einem Betrieb die Ruhegelder allgemein nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelt und werden nun einem Arbeitnehmer die Gelder mit dem Hinweis auf seine mangelnde Bedürftigkeit gekürzt, so kann dieser Arbeitnehmer die volle Pension verlangen ohne Rücksicht darauf, ob die seitherige Regelung sachgerecht war oder nicht. Der Gleichbehandlungssatz zwingt nur zu einer gleichen, nicht schlechthin zu einer sachgerechten Behandlung. Eine andere hier nicht zu entscheidende Frage ist es, ob die vom Arbeitgeber aufgestellten Verteilungsgrundsätze außer durch den Gleichbehandlungssatz auch durch den Grundsatz von Treu und Glauben (ähnlich den allgemeinen Geschäftsbedingungen) eine inhaltliche Kontrolle erfahren. Eine solche Einengung der Privatautonomie würde dann jedenfalls nicht auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz beruhen.

60) Der Grund könnte sich aus dem Zweck der Z u w e n d u n g ergeben. Hierher gehört es, wenn sich die Bedürftigkeit der Arbeitnehmer verringert hat, etwa weil die Sozialversicherungsrenten erhöht wurden. Der Grund kann auch im Betrieb liegen: Haben sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betriebes verändert, so kann dies zu einer verschiedenen Beurteilung jetziger und früherer Arbeitnehmer führen.

Bei der Erörterung dieses Problems muß man sich vergegenwärtigen, daß der Gleichbehandlungssatz nicht schlechthin jede Ungleichbehandlung verbietet. Er verlangt keine Gleichmacherei. [61] Er will nur die willkürliche Ungleichbehandlung verhindern. [62]

Eine Ungleichbehandlung ist dann willkürlich, wenn sie auf Merkmalen beruht, die nach allgemeiner Anschauung in dem gegebenen Zusammenhang als unsachlich oder sachfremd erscheinen. [63] Ob dies zutrifft, bestimmt sich an Hand des Einzelfalles. [64]

Stellt der Arbeitgeber die Ruhegeldzahlung von einem Stichtag an ein, so läßt sich zunächst die Nennung eines Stichtages isoliert betrachten. Daß jemand vor oder nach einem Stichtag ausscheidet, besagt aber für sich betrachtet nichts darüber, ob die unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt ist. Die Differenzierung bekommt erst dann Farbe, wenn man den Z w e c k berücksichtigt, den der Arbeitgeber mit der Einstellung verfolgt. Hängt aber die Sachlichkeit der Einstellung von ihrem Zweck ab, so lassen sich abschließend zwei Fälle unterscheiden:

aa) Stellt der Arbeitgeber die Ruhegeldzahlung ein, um in Zukunft alle Arbeitnehmer wiederum gleich zu behandeln, so ist sein Verhalten im Sinne des Gleichbehandlungssatzes sachlich gerechtfertigt. [65] Dies ergibt sich daraus, daß im

---

61) HL. Unübertroffen ist die erläuternde Aneinanderreihung von Synonymen bei Frey, Gleichheit als Beurteilungsgrundlage für gleiches Recht und gleiche Behandlung AuR 59/33, 35.

62) HL. Vgl. Hueck-Nipperdey I, 284; Götz Hueck, Gleichbehandlung,179 u. 183; Nikisch I, 413 u. 506; Staudinger-Weber A 395; Hilger, Ruhegeld, 82; Monjau B 56/1156, 1157; Graef, 47; Molitor AR-Blattei Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis I Übersicht B III; Rewolle Köst, Kommentar, 79. BAG 13.5. 59 AP Nr. 52 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Leitsatz.

63) Dabei kommt es ferner auf die Zeitanschauungen an. Vgl. dazu ausführlich Götz Hueck, Gleichbehandlung, 183.

64) So Nikisch I, 501. Die Formulierungen zur Sachlichkeit schwanken im einzelnen. Vgl. etwa Galperin RdA 53/169, 170 (jede vernünftige wirtschaftliche und soziale Überlegung); Waechter BlStSozArbR 57/361 (ein vernünftiger Weise aus der Sachlage sich rechtfertigender Grund); Götz Hueck, Gleichbehandlung, 184 (aus der Natur der Sache sich ergebender Grund); BVerfG vom 23.10.51 Leitsatz 18 BVerfGE 1/14, 16 (ein vernünftiger sich aus der Natur ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund).

65) So Hilger, Ruhegeld, 55, 84, 100 und ähnlich Maus, Handbuch, V Rdnr. 243, 258, die allgemein die zeitliche Differenzierung als sachlich zulässiges Unterscheidungsmerkmal ansehen.

Bereich genereller Regeln zeitliche Differenzierungen allgemein anerkannt werden. So sind Befristung, beschränkte Geltungsdauer und Setzung von Stichtagen bei förmlichen Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen übliche technische Gestaltungsmittel. Der Gleichbehandlungssatz wird durch sie nicht verletzt. Erhalten zum Beispiel die Betriebsangehörigen auf Grund einer Betriebsvereinbarung Ruhegelder, und wird die Betriebsvereinbarung auf 1. 12. 61 gekündigt, so können die später Ausscheidenden die zeitlichen Grenzen der Norm nicht dadurch ausdehnen, daß sie Gleichbehandlung mit den durch die Norm Begünstigten verlangen. [66] Ebenso wenig verstößt eine befristete Betriebsvereinbarung, nach der Ruhegelder zu gewähren sind, allein durch die Tatsache der Befristung gegen den Gleichbehandlungssatz. Für die vertretene Auffassung spricht auch folgende Überlegung: Führt der Arbeitgeber eine Ruhegeldregelung mit dem 1. 1. 62 ein, so können früher Ausgeschiedene nicht auf den Gleichbehandlungssatz pochen und ebenfalls Ruhegeld verlangen. Was für die Einführung gilt, muß auch für die Aufhebung gelten. [67] Es zeigt sich also, daß die zeitliche Differenzierung bei generellen Ordnungen dann nicht willkürlich ist, wenn sie vom Zweck getragen wird, eine neue allgemeine Regelung zu schaffen. In diesen Fällen bietet die Form des Vorgehens genügend Schutz, das materielle Gleichbehandlungsgebot zu erfüllen.

bb) Dagegen verstößt die generelle Aufhebung einer allgemeinen Regelung ausnahmsweise dann gegen den Gleichbehandlungssatz, wenn der Arbeitgeber mit der Absicht [68] handelt, einen oder einige einzelne von der seitherigen Ruhegeldrege-

---

66) Daß in diesen Fällen der Gleichbehandlungssatz nicht verletzt ist, ist offensichtlich. Der Grund ist aber m. E. nicht darin zu suchen, daß die von einer Betriebsvereinbarung Begünstigten sich auf einen formellen Rechtsgrund berufen können (In diesem Sinne aber BAG 13. 10. 60 AR-Blattei betriebliche Übung, Entscheidung 1 unter 3 c und ebenso Hueck, Lehmann-Festschrift II, 645) und sich deshalb sachlich von anderen unterscheiden; denn Aufgabe des Gleichbehandlungssatzes ist es auch, formell fehlende Ansprüche zu ersetzen (vgl. auch oben Note 30 und Note 16 am Ende).

67) Einstellung und Einführung können deshalb gleichbehandelt werden, da die Gleichbehandlung keine Funktion des Vertrauensschutzes wahrnimmt. Ob die Arbeitnehmer auf eine Fortdauer der allgemeinen Regelung vertrauen, fällt nicht ins Gewicht.

68) Anders liegt es jedoch, wenn der Arbeitgeber mit der Änderung eine generelle Regelung schaffen will, und es stellt sich erst später heraus, daß tatsächlich nur einer oder wenige Arbeitnehmer davon betroffen werden. In diesen Fällen bleibt die zeitliche Differenzierung im Hinblick auf den angestrebten Zweck sachlich gerechtfertigt.
Es ist hier genau so, wie wenn ein Arbeitgeber generell die Gekündigten von

lung auszunehmen. Hier mißbraucht der Arbeitgeber die Form. Das in generelle Form gekleidete Vorgehen des Arbeitgebers bietet keine Gewähr mehr für die materielle Gleichbehandlung der Arbeitnehmer. Für den Ausschluß eines einzelnen muß ein sachlicher Grund vorliegen. [69)]

e) Ergebnis

1. Stellt der Arbeitgeber seine Ruhegeldzahlung generell ein oder ändert er sie generell mit dem Zweck, eine neue allgemeine Ordnung einzuführen, so verstößt er damit nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Zulässigkeit der zeitlichen Differenzierung ergibt sich aus ihrem Zweck.

2. Soll die generelle Einstellung erkennbar nur einen einzelnen (Kriegsteilnehmer) treffen, so muß sich ein besonderer sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ergeben. Liegt ein solcher Grund nicht vor, so entfaltet der Gleichbehandlungssatz eine zeitliche Wirkung.

3. Für die Abgrenzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von der betrieblichen Übung bedeutet dies: Überall dort, wo der Arbeitgeber allgemein eine generelle Ordnung durch eine andere generelle Ordnung ablösen will, ohne damit einen einzelnen treffen zu wollen, dann aber trotzdem zur zeitlichen Fortsetzung seines Tuns verpflichtet wird, lassen sich die Rechtswirkungen nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz erklären.

Fortsetzung der Fußnote 68 von Seite 33:
der Gratifikationszahlung ausnimmt, damit aber tatsächlich nur einen Arbeitnehmer trifft. Auch hier bleibt die grundsätzlich zulässige Unterscheidung gerechtfertigt. LAG Frankfurt 30. 6. 59 BB 59/1102.

69) Diesen Fällen werden Hilger, Ruhegeld, 55, 84, 100 und Maus, Handbuch, V Rdnr. 243, 258 nicht gerecht, wenn sie in der zeitlichen Differenzierung allgemein eine sachliche Unterscheidung sehen.

T E I L II

DIE DOGMATISCHE BEGRÜNDUNG DER ERSCHEINUNG

Vorbemerkung

Untersucht man die verpflichtende Wirkung üblicher Leistungen im Arbeitsrecht, so wird man zweckmäßigerweise zunächst unterscheiden, ob sich der Arbeitgeber an einen einzelnen wendet oder ob er eine betriebliche Übung einführt. [1)]

Die individuellen Tatbestände werden bei den Auseinandersetzungen in Rechtsprechung und Literatur wenig beachtet. [2)] Deshalb sollen zunächst die kollektiven Tatbestände untersucht werden, die als Tatbestände der betrieblichen Übung im Mittelpunkt des praktischen und theoretischen Interesses stehen. [3)]

Um die betriebliche Übung dogmatisch zu erfassen, eröffnen sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten:

1. Entweder ist die Übung eine betriebliche Rechtsnorm und wirkt normativ, das heißt gesetzesgleich. Sie gilt dann ohne Einverständnis der einzelnen Betroffenen und beherrscht die Arbeitsverhältnisse nach Gesetzesart.

2. Oder die Übung wird Inhalt einer arbeitsrechtlichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und den einzelnen Arbeitnehmern. Dieses Rechtsverhältnis kann durch Vertrag oder unter Umständen einseitig vom Arbeitgeber begründet werden. [4)]

Man hat versucht, beide Möglichkeiten über verschiedene Konstruktionen zu erreichen.

---

1) Damit soll nicht gesagt sein, daß auch die rechtstechnische Erfassung im Ergebnis verschiedene Wege gehen muß. Immerhin eröffnet aber der kollektive Charakter bei den Tatbeständen der betrieblichen Übung andere, neue Möglichkeiten, das Problem in diesem Bereich zu erklären. Die getrennte Behandlung dient dazu, die jeweilige Problematik besser in den Griff zu bekommen. Zudem wird in der Literatur üblicherweise so verfahren: Hilger, Ruhegeld, 51; Bötticher RdA 53/161, 163.

2) Sie werden erwähnt in den Darstellungen von Bötticher RdA 53/161, 163 und von Hilger, Ruhegeld, 51.

3) Die betriebliche Übung ist bisher gesetzlich nicht geregelt. § 53 Akademieentwurf 1938 wurde nie Gesetz. Dagegen ist auf die betriebliche Übung in § 6 a Abs. 1 EStG 1960, BGBl. I, 789, sowie in § 268 Abs. 2 Ziff. 4 LAG Bezug genommen.

4) Die Alternative "normativer Charakter" oder Geltung auf Grund "Einzelvertrages" (Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A I und Siebert BB 55,

KAPITEL 1
BETRIEBLICHE ÜBUNG ALS RECHTSNORM

In der Rechtsprechung und Literatur wurde mehrmals versucht, eine normative, gesetzesgleiche Wirkung der Übung nachzuweisen. Damit wollte man in erster Linie den kollektiven Charakter und die einheitliche Funktion und Geltung der Übung im Betrieb auch dogmatisch unmittelbar anerkennen. [1] Die erwünschte normative Wirkung der Übung könnte aus einer herkömmlichen Rechtsquelle fließen. Sie wäre aber auch möglich, wenn man in der Übung selbst eine neue, eigenständige Rechtsquelle sehen könnte.

§ 6 NEUE RECHTSQUELLEN ALS ENTSTEHUNGSGRUND DER ANSPRÜCHE AUS BETRIEBLICHER ÜBUNG

I. NORMATIVE KRAFT DES FAKTISCHEN

Die betriebliche Übung ist zunächst etwas rein Tatsächliches, nämlich die jahrelange, regelmäßige Wiederholung eines betrieblichen Ereignisses, einer Gratifikations- oder Ruhegeldzahlung. Bereits diese tatsächliche Seite der Übung könnte für ihre rechtliche Verankerung ausschlaggebend sein, wenn Tatsachen unter bestimmten Voraussetzungen die Macht hätten, aus sich heraus Recht zu werden. [2] Dabei handelt es sich um ein Problem der Rechtsquellenlehre. Die Erörterungen darüber pflegt man unter dem Stichwort der normativen Kraft des Faktischen zusammenzufassen. Der von Jellinek [3] geprägte Ausdruck ist schillernd. Seine

---

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 35:
869, 870) ist dagegen zu eng; denn mit beachtlichen Argumenten wird neuerdings auch die Möglichkeit bejaht, der Arbeitgeber könne sich einseitig verpflichten (vgl. etwa Hilger, Ruhegeld, 52 ff). Richtig ist nur, daß neben der normativen, die einzelvertragliche Lösung am häufigsten bemüht wurde. So zutreffend Fechner, Wirklichkeit als Rechtsquelle ZGStW 102/84.

1) Die Suche nach einer normativen Geltung der betrieblichen Übung war deshalb meist eine Reaktion auf die einzelvertragliche Konstruktion der h. L.

2) Es wäre auf den ersten Blick eine einfache Lösung, den ständigen Brauch, nur weil er sich tatsächlich durchgesetzt hat, als bindend anzuerkennen. Ähnlich Hueck, Lehmann Festschrift II, 634.

3) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 337 ff.

Gültigkeit ist bestritten.[4)]

1. Ungeachtet aller Probleme, die der Prozeß der Rechtswerdung aufwirft, kann es heute als gesichert gelten, daß Tatsachen aus sich heraus kein Recht erzeugen können.[5)] Was für den Menschen Recht oder Unrecht ist,[6)] entscheiden nicht die Tatsachen selbst. Mit Recht bezeichnet deshalb Fechner[7)] die Rechtswerdung als geistigen Prozeß.[8)] Das Tatsächliche muß als Recht anerkannt werden,[9)] bevor es den Menschen verpflichten kann.[10)]

---

4) So sagt zum Beispiel Hilger, Ruhegeld, 56, das Tatsächliche allein könne nie rechtsschöpferische Kraft haben; Galperin-Siebert, BetrVG § 1 Rdnr. 126 spricht vom viel umstrittenen Faktischen als Rechtsquelle, während Brecht BB 51/965, 966 die normative Kraft des Faktischen als allgemein anerkannt bezeichnet.

5) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 38 III 2 b, Fechner, ZGStW 102/92; Galperin-Siebert BetrVG § 1 Rdnr. 126; Hilger, Ruhegeld,56; Lehmann, Allgemeiner Teil, 19, Kunkel B 53/693, 694; Carl Schmitt, Rechtswissenschaftliches Denken, 36.
Denkbar ist sowieso nur, daß bestimmte Tatsachen unter bestimmten Voraussetzungen zur Norm würden; denn wäre alles Tatsächliche rechtens, so gäbe es keinen Gegensatz zwischen Faktum und Norm, und das Problem der Rechtsquelle fiele in sich zusammen.

6) Zutreffend Reuss DAR 40/35, 36, der darauf hinweist, das Unrecht bleibe Unrecht auch dann, wenn es sich wiederhole. Dies gilt jedenfalls solange, wie es als Unrecht empfunden wird.

7) Fechner, ZGStW 102/90.

8) Jakobi, Grundlehren, S. 143 Note 12 weist auf den Unterschied hin zwischen "gelten" und "als Recht gelten".

9) Nach Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 38 III 2 b bleibt es immer unerklärlich, wie ein Faktum zur Norm werden soll. Ebenso Lehmann, Allgemeiner Teil, 19.

10) Auch G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 338 selbst behauptet nicht, daß aus dem Faktischen ohne Hinzutreten anderer Umstände allein auf Grund der Wiederholung Recht werde. Er weist vielmehr eine T e n d e n z des Menschen nach, der das Faktische stets als das Normative auffasse und in dem die fortdauernde Übung die Vorstellung des Normmäßigen erzeuge. Angesprochen wird also stets die Reaktion des Menschen, seine psychische Eigenart. Über die rechtsschöpferische Kraft des Tatsächlichen allein ist damit noch nichts gesagt.
Daß der Anstoß für die Rechtswerdung von den Tatsachen ausgeht, und daß die psychische Reaktion des Menschen nicht mit der Rechtsüberzeugung des Gewohnheitsrechts identisch sein soll, dürfte deshalb das eigentlich Neue an seiner Lehre sein. Jellinek hat sie jedoch im Zusammenhang mit der Entstehung neuer

Ließe man allgemein das Tatsächliche als neue Rechtsquelle zu,[11] so würde der Unterschied zwischen dem, was ist, und dem, was sein soll, verwischt. Die Rechtssetzung würde dem dafür vorgesehenen Organ entzogen [12] und des besonderen Verfahrens entkleidet. Verfassungs- und Gesetzgeber sehen aber in der Wahrung gewisser Formprinzipien eine Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit einer Norm.[13] Diese Gewähr fehlt, wenn ein wertfreier, soziologischer Befund, eine tatsächliche Übung aus sich heraus zum Recht würde.[14] Darin läge eine Verflüchtigung des objektiven Rechts.[15]

2. Das Tatsächliche als Rechtsquelle wäre aber auch den praktischen Erfordernissen der betrieblichen Übung nicht gewachsen. Es könnte zwar die einheitliche Geltung, die Geltung der Übung für Neueintretende und die Unbeachtlichkeit des inneren Willens des Arbeitgebers erklären.[16] Nach h.L. kann sich aber der Arbeitgeber seine anfängliche Freiheit in der Regel erhalten, wenn er unter Vorbehalt leistet.[17] In diesen Fällen ändert sich an der faktischen Übung nichts. Läge der Rechtsgrund im Tatsächlichen, so müßte auch hier die Verpflichtung entstehen. Es ist nicht einzusehen, warum der Arbeitgeber durch bloße Erklärung die normative Kraft des Faktischen sollte verhindern können.[18]

Fortsetzung der Fußnote 10 von Seite 37:
Staaten geschaffen. Hier treten auch beim Gewohnheitsrecht Besonderheiten auf (vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 39 III, 1 u. Staudinger-Brändl, Einleitung Rdnr. 43). Man sollte sie deshalb nicht über das Staatsrecht hinaus ausdehnen. Ähnlich Feichtinger, 9.

11) Theoretisch kann der Kreis der herkömmlichen Rechtsquellen erweitert werden; denn eine zeitlose Lehre von den Rechtsquellen gibt es nicht. So Herschel DAR 41/72.

12) Sieg RdA 55/441.

13) Krüger, Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtssetzung RdA 57/201, 203.

14) Feichtinger, 9.

15) So zutreffend Sieg RdA 55/441.

16) Vgl. die Rechtsprechungsübersicht oben S. 14 ff.

17) Vgl. hierzu die Rechtsprechungsübersicht oben S. 9 ff.

18) Liegt der Entstehungstatbestand vor, so ist es doch gerade Merkmal der normativen Geltung, daß sie vom Einverständnis und Willen der einzelnen Betroffenen unabhängig ist. Wenn der Arbeitgeber zum Beispiel durch einen Vorbehalt die Entstehung vom betrieblichen Gewohnheitsrecht verhindern kann, so ist dies etwas anderes. Beim Gewohnheitsrecht fordert der Entstehungstatbestand eine psychische Mitwirkung, den Rechtsgeltungswillen der Betroffenen, der nach richtiger Ansicht auch beim Arbeitgeber vorliegen muß. Fehlt er, so ist der Entstehungstatbestand nicht vollständig, Gewohnheitsrecht kann nicht entstehen.

Ebenso bliebe ungelöst, warum die Übung in Krisenzeiten, in Notlagen, gegen Krankenhäuser und öffentliche Körperschaften nicht ohne weiteres eine verpflichtende Wirkung entfaltet. [19] In allen Fällen kann man das Faktum der Übung mühelos nachweisen.

II. DIE KONKRETE ORDNUNG DES BETRIEBES (RAG, Denecke)

In seiner berühmt gewordenen Entscheidung vom 19.1.1938 [1] stützte das RAG einen Ruhegeldanspruch auf die konkrete Ordnung innerhalb des Betriebes und entfachte damit den Streit um eine neue Rechtsquelle im Arbeitsrecht. Im zugrundeliegenden Fall verlangte der Kläger Ruhegeld, da es im Betriebe üblich sei, ausscheidende Arbeitnehmer zu pensionieren. Das Berufungsgericht war auch von der Üblichkeit ausgegangen, hatte aber für das RAG bindend festgestellt, daß es zu vertraglichen Abmachungen zwischen den Parteien nicht gekommen sei. [2] Das RAG wiederholt seine seitherige Auffassung, wonach die Fürsorgepflicht allein keinen Anspruch auf Ruhegeld rechtfertigt und fährt fort: [3]

> "Anders ist es aber, wenn aus dem Gemeinschaftsleben im einzelnen Betrieb, aus der darin wurzelnden gegenseitigen Treue- und Fürsorgepflicht des Betriebsführers bereits konkrete Ordnungen erwachsen sind, mögen sie sich auch nur in einer feststehenden tatsächlichen Handhabung äußern, ohne die Gestalt bestimmter Einrichtungen oder geschriebener Satzungen angenommen zu haben. Wenn hiernach unter gewissen Voraussetzungen der Gefolgschaft oder Teilen von ihr regelmäßig bestimmte Leistungen gewährt werden, so ergibt sich hieraus für die einzelnen Gefolgschaftsmitglieder das zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses gewordene Recht, unter denselben Voraussetzungen in derselben Weise behandelt zu werden, wie die übrigen auch. Diese Berechtigung bedarf keiner Herleitung aus besonderen, ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarungen."

1. Die Konkrete Ordnung wurde darauf mehrmals von der Rechtsprechung als Rechtsgrundlage insbesondere im Ruhegeld- und Urlaubsrecht herangezogen. [4] Im

---

19) Vgl. oben die Rechtsprechungsübersicht S. 13 Note 40.

1) RAG ARS 33/172 ff = amtliche Sammlung 19/281 ff.

2) Damit war der seither beschrittene Weg (etwa RAG ARS 6/203 ff) abgeschnitten, und das RAG konnte die Üblichkeit nicht mit der Konstruktion eines stillschweigenden Vertrages lösen.

3) aaO. S. 176.

4) RAG ARS 34/180, 185; 37/71, 79; 37/365, 367; 37/399, 406; 40/215, 219; 40/363, 364; 41/36, 42; 42/287, 291.

Schrifttum trat Denecke der Lehre von der Konkreten Ordnung bei.[5] Nach ihm zeigen sich konkrete Ordnungen als normativ wirkendes Gemeinschaftsrecht nicht nur in ungeschriebenen, aus ständiger Übung erwachsenen Rechtssätzen, sondern auch in Verlautbarungen des Arbeitgebers, die durch ihre Befolgung als notwendig anerkannt werden.[6] Im übrigen Schrifttum wurde die konkrete Ordnung als Rechtsquelle jedoch abgelehnt.[7] Das RAG selbst gab später seine Ansicht stillschweigend wieder auf.[8] Das BAG lehnt ausdrücklich die konkrete Ordnung als Rechtsquelle ab.[9] Trotz vereinzelter terminologischer Ähnlichkeiten[10] wird sie heute nicht mehr vertreten.

---

5) DAR 40/141 ff u. ähnlich Dersch, Anm. zu RAG ARS 37/365, 373. Denecke aaO., 143, 145 setzt jedoch die konkrete Ordnung in Form der betrieblichen Übung mit Gewohnheitsrecht gleich. Dagegen insbesondere Herschel SozPrax 41/Sp 49, 51. Vgl. aber auch Hueck-Nipperdey I, 32 u. Lehmann-Festschrift II, 634.

6) Neuerdings vertritt Denecke eine modifizierte Begründung. In RGRK Anm. 30 vor § 611 BGB bezeichnet er die betriebliche Übung als kollektives Recht. Sie entstehe aber durch bestimmtes Handeln des Arbeitgebers und "Einverständnis und Duldens dieses Handelns durch die Belegschaft". Damit nähert er sich der von LAG Bremen 18.4.51 BB 51, 530 vertretenen Ansicht. Vgl. hierzu unten S. 56.

7) Herschel DAR 41/72, 73; Hueck Anm. zu RAG 40/363, 368; Reuss DAR 40/35, 36; Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 120.
Für die Nachkriegszeit: Feichtinger, 5; Frey AuR 60/302, 305; Hilger, Ruhegeld, 44; Hueck-Nipperdey I, 32; derselbe Lehmann-Festschrift II, 634; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II 1 b; Nikisch I, 263; Staudinger-Weber A 322, 371 und Fußnote ++ zu A 294, sowie allgemein gegen die normative Geltung der Übung: Bobrowski-Gaul A III Rdnr. 10; Köst, 23; Richardi RdA 60/401, 402; Siebert BB 55/869, 871; Sieg RdA 55/441, 442; Staudinger-Nipperdey-Mohnen Rdnr. 339 a vor § 611; und LAG Frankfurt v. 30.1.57 BB 57/331; u.v. 21.2.62 B 62/1574, 1575; BAG 2.4.58 BB 58/879.

8) RAG ARS 35/144, 145; 36/12 Leitsatz; 37/225 Leitsatz; 37/329 Leitsatz; 38/252, die teilweise von der Gleichbehandlung handeln. Aber auch schon RAG 37/365, 367 zieht andere Begründungen zu Hilfe.

9) BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 1 RS = BB 58/192. BAG 13.10.60 AP Nr. 30 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Leitsatz = BB 60/1326; BAG 9.3.61 AP Nr. 5 zu § 242 Betriebliche Übung, Leitsatz und ebenso LAG Düsseldorf 10.11.60 BB 61/529.

10) Waechter, Zum Recht der Pensionsverträge BlStSozArbR 51/381; LAG Hamburg 23.3.54 MDR 54/481; Bühnenoberschiedsgericht Frankfurt 1.7.54 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Gleichbehandlung Bl. 1; weitere Nachweise s. Staudinger-Weber A 371.

2. Die Lehre des RAG stand von Anfang an unter ungünstigen Voraussetzungen. Das RAG war im zugrundeliegenden Fall nur deshalb zu dogmatisch neuen Begründungen gezwungen, weil es als Revisionsgericht an die Feststellungen der Tatsacheninstanz gebunden war. Es wollte nur ein billiges Fallergebnis erreichen. Es wollte aber nicht seine seitherige Rechtsprechung generell aufgeben. [11]

Der Sachverhalt zeichnet sich aber noch durch eine weitere Besonderheit aus. Er stellt einen Grenzfall zwischen betrieblicher Übung und Gleichbehandlung dar. [12] Daß der Gleichbehandlungsgrundsatz keiner vertraglichen Grundlage bedarf und daß er gegenüber der betrieblichen Übung ein selbständiges Institut bildet, war damals noch nicht ausreichend erkannt.

Hierzu trat, daß das RAG seiner Neuschöpfung die Bezeichnung Konkrete Ordnung verlieh. Es verwandte damit einen Begriff, der durch Carl Schmitts Lehre vom konkreten Ordnungsdenken [13] bereits feste Bedeutung erlangt hatte. Mag auch die reichsarbeitsgerichtliche Begründung vom Ordnungsdenken beeinflußt gewesen sein, so sind beide Lehren doch nicht identisch. [14] Während Carl Schmitt nachweist, [15] daß die meisten Gebilde wie Ehe, Familie etc. ihre eigene konkrete

---

11) Dies wird besonders in den Ausführungen S. 174 am Ende deutlich.

12) Möglicherweise konnte er ganz vom Gleichbehandlungsgrundsatz her gelöst werden. Das hängt davon ab, ob der Arbeitgeber in Zukunft allgemein kein Ruhegeld mehr zahlen, oder ob er nur den Kl. überspringen wollte. Dies läßt sich bezeichnenderweise aus der Entscheidung nicht entnehmen.

13) Carl Schmitt: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens 1934.

14) Statt aller: Staudinger-Weber A 322 mit Nachweisen.

15) In dieser Abhandlung unternimmt es Carl Schmitt, verschiedene theoretisch, praktisch und geistesgeschichtlich hervorgetretene Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens festzustellen und von einander abzugrenzen (9). Nach Schmitt lassen sich dabei alle Vorstellungen vom Recht darauf zurückführen, daß das Recht entweder als Regel (Norm) oder als Entscheidung (Dezision) oder als konkrete Ordnung und Gestaltung verstanden werde (7). Danach bestimmen sich die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens: Regel- und Gesetzesdenken (Normativismus), Entscheidungsdenken (Dezisionismus) und konkretes Ordnungs- oder Gestaltungsdenken.
Der Normativismus findet das Recht in den vorher bestimmten, von der konkreten Sachlage unabhängigen generellen Regeln und Gesetzen (17). Recht ist Summe aller Rechtsregeln (12). Die Norm wird isoliert und verabsolutiert. Sie ist über die bloße Wirklichkeit und Tatsächlichkeit erhaben.
Der Dezisionismus sieht nicht im Befehl als Befehl die Quelle des Rechts, sondern in der Souveränität oder Autorität einer letzten Entscheidung, die mit dem Befehl gegeben wird (25). Wer Ruhe, Sicherheit und Ordnung herstellt, ist Souverän und hat alle Autorität.

Ordnung und ihre eigene rechtliche Substanz in sich tragen, geht es in der Lehre des RAG nur darum, gewisse Bräuche, Regelmäßigkeiten und Wiederholungen für alle Beteiligten verbindlich zu machen.

So ist es nicht verwunderlich, daß die theoretischen Fragen nie ganz geklärt wurden, [16] und daß nicht einmal Einigkeit darüber besteht, ob das RAG eine neue Rechtsquelle schaffen oder nur die Fürsorgepflicht konkretisieren wollte. [17] Da die Lehre von der Konkreten Ordnung selbst von ihren Verfechtern nur für die Zeit des AOG anerkannt wurde, [18] ist sie heute gegenstandslos geworden. [19]

Fortsetzung der Fußnote 15 von Seite 41:
Für das konkrete Ordnungsdenken ist Recht und Ordnung nicht in erster Linie Sache von Normen und generellen Regeln. Es tragen vielmehr alle Gebiete, die sich nicht rein verkehrsmäßig technisch, sondern institutionell gestaltet haben, eine bestimmte Ordnung mit eigenem rechtlichem Gehalt in sich (20). Sie haben die Begriffe von dem, was normal, normaler Typus und normale Situation ist, in sich selbst. Als deutliche Ausgestaltung eigener konkreter Ordnung wird das Zusammenleben der Ehegatten, der Familie, der Soldaten, der Beamten etc. angesehen. So haben sich auch die typischen Begriffe des bonus pater familias, des tapferen Soldaten, des pflichtbewußten Beamten herausgebildet. Sie sind Ausdruck der rechtlichen Substanz dieser konkreten Ordnung.

16) So mit Recht Nikisch I, 263.

17) Vgl. einerseits Nikisch NJW 54/529, 531; Herschel, Fürsorgepflicht und Konkrete Ordnung des Betriebes, DAR 41/186; Beine AR-Blattei Ruhegeld I Übersicht B I 5.; Weichner, 27.
Andererseits Denecke DAR 40/141, 146; Hueck Anm. zu RAG ARS 40/363, 368; Reuss in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung,9; LAG Frankfurt 30.1.57 BB 57/331; BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 1 RS, die in der reichsarbeitsgerichtlichen Neuschöpfung eine neue Rechtsquelle sehen.

18) RAG ARS 38/258.

19) Die Lehre von der Konkreten Ordnung stellt im Grunde ebenfalls den Versuch dar, dem rein Tatsächlichen, nur weil es sich durchsetzte, normative Geltung beizulegen. Es gelten deshalb alle Argumente gegen sie, die gegen das Faktische als Rechtsquelle sprechen. Vgl. im einzelnen die kritischen Stellungnahmen von Fechner, Wirklichkeit als Rechtsquelle, ZGStW 102/92 ff und Herschel SozPrax 41 Sp. 49 ff.

III. DIE NORMATIVE KRAFT DES TYPISCHEN (Galperin)

Galperin [1] will der betrieblichen Übung dann normative Kraft zuschreiben, wenn sie nicht nur rein tatsächlich gilt, sondern auch typischer Ausdruck der Lebenswirklichkeit einer Gemeinschaft ist. Nicht das Tatsächliche, sondern das Typische soll damit den Rechtsgrund der betrieblichen Übung bilden. [2] Das Typische soll aber nur dann normativ wirken, wenn es sich in der Betriebsgemeinschaft ohne Widerspruch durchgesetzt hat, wenn also der Arbeitgeber die Leistungen während geraumer Zeit vorbehaltlos gewährt hat. [3] Die Übung muß ferner geeignet sein, eine Ordnung zu begründen.

1. Wenn Galperin das Typische als Rechtsquelle ansieht, so knüpft er damit an das konkrete Ordnungsdenken an, [4] das in der typischen Wirklichkeit einer Lebensgemeinschaft eine rechtsgestaltende Kraft sieht. Damit fragt sich aber, ob auch die Übung im Betrieb eine solche typische Auswirkung des betrieblichen Gemeinschaftslebens darstellt. [5] Typisch für die Betriebsgemeinschaft mag es sein, daß der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer gleich behandeln muß [6] oder daß sich der Begriff der Fahrlässigkeit im Arbeitsrecht zu wandeln beginnt. [7] Denn überall handelt es sich um Folgen einer inneren, schon vorgefundenen Ordnung in der Gemeinschaft. Die betriebliche Übung, den Arbeitnehmern Gratifikationen zu gewähren, ist aber keine notwendige und typische Folge des Gemeinschaftslebens, sondern eine vom Arbeitgeber freiwillig eingeführte Regelung. [8] Ist die betriebliche Übung aber nicht typisch, [9] so kann sie auch nicht um deswillen normative Geltung erlangen.

---

1) Galperin-Siebert, Kommentar zum BetrVG § 1 Rdnr. 122 ff Die Betriebsübung.

2) aaO. Rdnr. 126: "Dort aber, wo die tatsächliche Handhabung als Ausdruck einer Lebenswirklichkeit einer Gemeinschaft (Siebert) einen objektiven Tatbestand zu schaffen vermag, muß die Bindung aller Angehörigen der Gemeinschaft im Interesse des Rechtsfriedens bejaht werden."

3) aaO. Rdnr. 126

4) Vgl. oben S. 41 Note 15

5) Darauf verweist mit Recht Hilger, Ruhegeld, 44.

6) So etwa diejenigen, die den Gleichbehandlungssatz als Ausfluß der Gemeinschaft ansehen. Vgl. Götz Hueck, Gleichbehandlung, 127 ff.

7) Steindorff, Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer JZ 59/1, 5.

8) Mit Recht betont Hilger (Ruhegeld, 44), die betriebliche Übung schaffe vielleicht eine tatsächliche Ordnung, eine typische Ordnung und einen Ausdruck der Lebenswirklichkeit einer Gemeinschaft könne man darin nicht finden.

9) Versucht man wirklich, das Typische an der Übung herauszuschälen, so kommt man zu einem anderen Ergebnis. Typisch ist nur, daß sich der Arbeitgeber eine

2. Abgesehen von diesen grundsätzlichen Bedenken gegen die Lösung Galperins, lassen sich von ihr aus auch gewisse Eigenheiten der betrieblichen Übung, insbesondere ihr Verhältnis zum Vorbehalt [10] nicht lösen. [11] Daß sich die normative Kraft des Typischen etwa bei den arbeitsrechtlichen Haftungsmaßstäben oder beim Gleichbehandlungssatz nicht einfach durch einen Vorbehalt des Arbeitgebers ausräumen läßt, ist allgemein anerkannt. [12] Sieht man in der betrieblichen Übung auch die normative Kraft des Typischen am Werk, so müßte es dort ebenso sein: Entgegen der Ansicht Galperins [13] dürfte der Vorbehalt die rechtliche Verbindlichkeit der Übung nicht beeinflussen. [14] Dies widerspricht aber der allgemein anerkannten Auffassung von der betrieblichen Übung.

Die Ansicht Galperins hat sich deshalb zu Recht nicht durchgesetzt. [15]

Fortsetzung der Fußnote 9 von Seite 43:
gewisse Zeit hindurch, wiederholt, gleichartig verhalten hat. Angesichts dieses sichtbaren Verhaltens ist es naheliegend, daß die Arbeitnehmer den seitherigen Zustand als selbstverständlich ansehen und die Erwartung hegen, der Arbeitgeber werde sich auch weiterhin gleich verhalten.

10) Gegen die Ansicht Galperins läßt sich weiter anführen, daß sie die unterschiedliche Wirkung des Vorbehalts bei Gratifikationen und Ruhegeld nicht erklären kann.

11) Da die betriebliche Übung normativ wirken soll, kann die Galperin'sche Ansicht dagegen die Geltung der Übung für Neueintretende und die betriebseinheitliche Geltung mühelos erklären.

12) Hueck-Nipperdey I, 139, Götz Hueck, Gleichbehandlung, 270 und 144.

13) Wenn Galperin "Widerspruchslosigkeit" fordert, so anerkennt er damit im Grunde eine Mitwirkung der Betriebsangehörigen. Er rückt dadurch in die Nähe derer, die in der betrieblichen Übung das Ergebnis einer autonomen Rechtssetzung zwischen Arbeitgeber und Belegschaft sehen. Zu dieser Ansicht vgl. unten S. 56.

14) Geht man aber bei der Frage, was typisch ist, wie offenbar Galperin vom ganz konkreten Betrieb aus, so läßt sich die Übung auch so nicht erklären. In diesem Fall müßte nämlich nicht nur der Vorbehalt, sondern auch der innere entgegenstehende Wille des Arbeitgebers bewirken, daß man die faktische Übung nicht als eine typische Ordnung ansehen könnte. Was typisch ist, richtet sich nicht nur nach den Erklärungen, sondern nach der inneren, wirklichen Einstellung der Beteiligten gegenüber der Übung. Die Übung entfaltet aber ihre Rechtswirkungen gerade unabhängig vom inneren Willen des Arbeitgebers.

15) Hilger, Ruhegeld, 44. Sieg RdA 55 441, sowie diejenigen Autoren, die sich grundsätzlich gegen eine normative Geltung der Übung wenden: Bobrowski-Gaul A III Rdnr. 10; Feichtinger, 34; Frey AuR 60/302, 305; Hueck-Nipperdey I, 134; Götz Hueck, AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II; Köst, 23;

§ 7 HERKÖMMLICHE RECHTSQUELLEN ALS ENTSTEHUNGSGRUND DER ANSPRÜCHE AUS BETRIEBLICHER ÜBUNG

I. BETRIEBLICHE ÜBUNG ALS GESETZESRECHT (Fechner)

In seiner Abhandlung "Die Wirklichkeit als Rechtsquelle im Arbeitsrecht" unterzieht Fechner [1] die Rechtsprechung des RAG zur Konkreten Ordnung [2] einer eingehenden Untersuchung und analysiert den Prozeß der Rechtswerdung innerhalb sozialer Gebilde.[3] Auch nach Fechner ist das aus einem betrieblichen Brauch entstehende Recht normativ wirkendes Betriebsrecht.[4] Er weist aber nach, daß nicht im tatsächlichen Brauch allein das rechtserzeugende Moment liege;[5] vielmehr wirkten beim Rechtswerdungsprozeß mehrere Faktoren zusammen.

Fechner geht davon aus, daß die sozialen Gebilde Betrieb, Unternehmen, Wirtschaftsverband, Hof, Familie vom Menschen zur Erfüllung bestimmter Zwecke geschaffen sind und bestimmte Funktionen im Ganzen des sozialen Seins zu erfüllen haben.[6] Diese Zielgerichtetheit bezeichnet er als Daseinssinn [7] der sozialen Gebilde. Wie es vom tatsächlichen Brauch zur Entstehung von Rechtsnormen kommt, erklärt Fechner wie folgt:[8]

Fortsetzung der Fußnote 15 von Seite 44:
Richardi RdA 60/401, 402; Siebert BB 55/869, 871; Staudinger-Nipperdey-Mohnen Rdnr. 339 a vor § 611 BGB.
LAG Frankfurt 21.5.62 B 62/1574, 1575; BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 1 RS; 9.3.61 AP Nr. 5 ebenda Leitsatz und Bl. 2; 13.10.60 AuR 61/170.

1) ZGStW Band 102/78 ff.
2) Über Inhalt und Problematik dieser Lehre vgl. oben S. 39 ff und die dort genannten Entscheidungen, insbesondere RAG ARS 33/172 ff.
3) Das Thema Fechners geht deshalb über das hier gestellte Problem hinaus. Hier interessiert nur, wie sich die Wirklichkeit des tatsächlichen Brauches auf die Rechtslage im Betrieb auswirkt.
4) aaO. 92 u. 94
5) aaO. 92
6) aaO. 91
7) aaO. 92. Fechner stellt diesen Begriff in Gegensatz zum "Zweck". Der Zweck richte sich immer nur auf einzelne Ziele, etwa auf die Gewinnerzielung im Betrieb. Der Daseinssinn beziehe sich dagegen auf einen totalen Zusammenhang, zum Beispiel auf den Einbau eines Unternehmens als produktive Zelle in die gesamte Volkswirtschaft und Gewinnerzielung zur materiellen Erhaltung der in ihr Tätigen. Zudem seien Zwecke vom Menschen, der Daseinssinn mit dem Menschen gesetzt.
8) aaO. 94 u. 95.

> "Das werdende Recht wird bestimmt einerseits von dem in den zu regelnden sozialen Gebilden liegenden Daseinssinn... Das werdende Recht wird bestimmt andererseits von bestimmten Grundsätzen, insbesondere von dem das Zusammenleben der Menschen beherrschenden Grundsatze der gleichen Behandlung gleicher Tatbestände, mit dem man vielfach die "Idee des Rechts" und das "Wesen der Gerechtigkeit" selbst zu fassen glaubt. Erst diese Grundsätze garantieren die reine Verwirklichung des Daseinssinns und bedingen damit letztlich auch ihn. Das Faktische liefert dabei einerseits nur den Stoff dessen, was rechtlich geregelt werden soll... Zugleich aber - und darin liegt das Neue - ist das Faktische als die Verkörperung des Daseinssinnes Hinweis und Zeichen auf das, was der richtig verstandene Sinn der sozialen Gebilde aus sich entwickeln will..."

Das werdende Recht muß nach Fechner in jedem Fall aus einer Rechtsquelle [9] im engen Sinne fließen. [10] Entweder handelt es sich dann bei der betrieblichen Übung um Gewohnheitsrecht [11] oder um Gesetzesrecht nach § 2 Abs. 2 AOG [12] in Verbindung mit dem tatsächlichen Brauch, der als Hinweis auf das anzusehen ist, was der Daseinssinn des modernen Betriebs aus sich entfalten will.

1. Soweit Fechner die Möglichkeit betrieblichen Gewohnheitsrechts anspricht, wird darauf unten im Zusammenhang [13] eingegangen.

2. Die Ansicht Fechners, es handle sich bei der Übung um Gesetzesrecht nach § 2 Abs. 2 AOG (Fürsorgepflicht) ist nach der Aufhebung des AOG [14] nicht gegenstandslos geworden. Die in § 2 Abs. 2 AOG gesetzlich verankerte Fürsorgepflicht beherrscht auch heute als Grundpflicht das Arbeitsverhältnis [15] und kann deshalb

---

9) aaO. 95 u. 96, der Daseinssinn sei keine Rechtsquelle im engen Sinne. Es sei Aufgabe aller Rechtsschöpfung, ihn fruchtbar zu machen.

10) Wenn Sieg RdA 55/441 von Fechner behauptet, er weite den Kreis der herkömmlichen Rechtsquellen aus, so trifft dies nicht zu. Fechner spricht deutlich davon (97), daß das neu entstehende Betriebsrecht aus einer Rechtsquelle im engen Sinn fließen muß. Die gegen ihn vorgebrachten Argumente sind deshalb gegenstandslos. Ähnlich aber auch Hilger, Ruhegeld,43, 44.

11) aaO. 97

12) Im AOG vom 20.1.34 heißt es in Abs. 2 über den Arbeitgeber: "Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten".

13) Vgl. unten S. 48 ff.

14) Das AOG wurde, soweit es nationalsozialistisches Gedankengut enthielt, vom Kontrollrat mit Wirkung v. 1. bzw. 30. Juni 1947 aufgehoben.

15) Absolut h.L. Vgl. etwa zu Ausmaß und Kasuistik der Fürsorgepflicht Nikisch I, 470 ff.

zur dogmatischen Begründung der betrieblichen Übung herangezogen werden. Die h.L. verhält sich jedoch ablehnend.[16]

Prüft man, wie die betriebliche Übung als Gesetzesrecht den praktischen Erfordernissen gerecht wird, so zeigt sich: infolge des normativen Charakters der Lösung lassen sich die Betriebseinheitlichkeit, die Geltung der Übung für Neueintretende und die Unbeachtlichkeit eines arbeitgeberischen Verpflichtungswillens mühelos erklären.[17]

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch dort, wo die Bedeutung des Vorbehalts erklärt werden soll. Nach h.L.[18] gibt der Vorbehalt dem Arbeitgeber das Recht, die üblichen Zahlungen (etwa Lohnzulagen oder Gratifikationen) jederzeit wieder einzustellen; beim Ruhegeld ist dies wenigstens aus sachlichen Gründen möglich. Nach Fechner müßte dies anders sein. Ein betrieblicher Brauch, der mit Gratifikationen oder Ruhegeldern dem Unterhalt der Arbeitnehmer beiträgt, entspricht mit oder ohne Vorbehalt der Zielgerichtetheit, dem Daseinssinn des Betriebes.

---

16) Vgl. Hilger, Ruhegeld, 43; Sieg RdA 55/441, sowie diejenigen, die sich allgemein gegen eine normative Geltung der betrieblichen Übung wenden: Bobrowski-Gaul A III Rdnr. 10; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 15 Rdnr. 18; Frey AuR 60/302, 305; Hueck-Nipperdey I, 134; Götz Hueck AR-Blattei I, Übersicht Betriebsübung A II; Köst, 23; Richardi RdA 60/401, 402; Siebert BB 55/869, 871; Staudinger-Nipperdey-Mohnen Rdnr. 339 a vor § 611 BGB. LAG Frankfurt 21.5.62 B 62/1574, 1575; BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 1 RS; 9.3.61 AP Nr. 5 ebenda Leitsatz und Bl. 2; 13.10.60 AuR 61/170.

17) Ebenso ließe sich erklären, warum die Bestandsgefährdung des Unternehmens dem Arbeitgeber das Recht gibt, die Zahlungen zu kürzen oder einzustellen. Denn nur der vom Daseinssinn getragene Brauch erlangt Rechtsgeltung. Führt aber der Brauch zum wirtschaftlichen Niedergang des Unternehmens, so entspricht dies nicht dem Daseinssinn. Der Daseinssinn zielt auf die Versorgung der Arbeitnehmer und auf die Erhaltung des Arbeitsplatzes, sowie auf die Eingliederung des Betriebes in das Ganze des sozialen Seins ab.
Die Kürzungsbefugnis müßte dann freilich auch allgemein bei allen Leistungen, etwa bei Lohnzulagen, anerkannt werden. Die Rechtsprechung hat bisher dazu noch nicht Stellung genommen.

18) Vgl. die Rechtsprechungsübersicht oben S. 9 ff.
Die Lehre hat sich dem im Ergebnis fast ausnahmslos angeschlossen. Vgl. Hueck-Nipperdey I, 283 und Nikisch I, 263. Anderer Ansicht waren, soweit ersichtlich nur vorübergehend und heftig kritisiert LAG Hamm 13.12.46 RdA 48/32; LAG Kiel 18.12.51 ARSt VIII Nr. 232; LAG Hamburg 10.11.54 ARSt XIV Nr. 31, sowie Denecke DAR 40/141, 145.

Er müßte über die Norm der Fürsorgepflicht anspruchsbegründend sein, auch wenn sich der Arbeitgeber erkennbar nicht verpflichten will. [19]

Schwer lösbar ist auch der Irrtumsfall des BAG [20]: Zahlt der Arbeitgeber jahrelang Gratifikationen, weil er irrtümlich annimmt, auf Grund einer Rechtsnorm dazu gezwungen zu sein, so muß er auch in Zukunft weiter leisten. Nach Fechner wäre dieser Brauch aber nicht als Hinweis auf den sich entfaltenden Daseinssinn anzusehen. [21] Der Brauch ist nämlich nicht entstanden, weil er spontan eingeführt und als angemessen empfunden wurde, sondern weil sich der Arbeitgeber auf Grund einer gesetzlichen Norm dazu gezwungen fühlte.

II. GEWOHNHEITSRECHT

Untersucht man die Frage, ob das Gewohnheitsrecht die Rechtsfolgen der betrieblichen Übung erklären kann, so muß man zwei Vorgänge unterscheiden: einmal könnte die fortdauernde, gleichbleibende Übung innerhalb des Betriebes örtlich begrenztes, d.h. betriebliches Gewohnheitsrecht schaffen. Zum andern ist denkbar, daß der in der ständigen Rechtsprechung zum Problem der betrieblichen Übung liegende Gerichtsgebrauch als Gewohnheitsrecht anzusehen ist.

1. Betriebliches Gewohnheitsrecht

a) Man kann die betriebliche Übung nur dann als betriebliches Gewohnheitsrecht betrachten, wenn sich in einem Betrieb überhaupt Gewohnheitsrecht durchzusetzen vermag.

Gewohnheitsrecht ist die durch tatsächliche Übung erzeugte Rechtsregel innerhalb einer Gemeinschaft. [1] Es ist selbständige, gleichwertige Rechtsquelle [2] neben

---

19) Fechner geht deshalb auch, ähnlich wie das RAG in den Entscheidungen zur Konkreten Ordnung, nicht auf die Bedeutung des Vorbehalts ein.

20) BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 2 = BB 58/192.

21) Es handelt sich dabei um die Erscheinung, daß der Brauch nicht Verkörperung des Daseinssinnes ist. Die Beteiligten haben nämlich nicht empfunden, "daß eine solche Regelung angemessen sei, die sich dann zur Sachlichkeit entwikkelt, ohne daß sie sie deshalb schon für verbindlich halten müßten" (aaO., 94).

1) Lehmann, Allgemeiner Teil, 19; die Definitionen weichen im einzelnen geringfügig von einander ab; vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 38 I; Denecke, RGRK Einleitung Anm. 6; Forsthoff, 133; Larenz, Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs NJW 51/497.

2) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 40 IV 1; von Thur, Allgemeiner Teil, I., 10. Zu eng Jacobi, Grundlehren, 143.

dem gesetzten Recht, wenn auch seine Bedeutung in der modernen Gesellschaft durch die weitgehende Kodifizierung des Rechts zurückgedrängt wird.[3] Besondere Erscheinungsform des Gewohnheitsrechts ist die Observanz, worunter man örtlich begrenztes Gewohnheitsrecht eines autonomen Verbandes versteht.[4] Da in den Betrieben die Befugnis besteht, Betriebsvereinbarungen zu erlassen, hält die h.L. betriebliches Gewohnheitsrecht grundsätzlich für möglich.[5] Dies ist jedoch zweifelhaft.[6] Zunächst zeigt es sich, daß nicht alle Betriebe autonom sind. Nach § 8 BetrVG steht den Kleinbetrieben ohne Betriebsrat auch keine Rechtsetzungsbefugnis zu [7]. In ihnen kann sich deshalb kein Gewohnheitsrecht entwickeln. Zum andern ist die betriebliche Autonomie dort, wo sie besteht, in doppelter Weise, inhaltlich und gegenständlich beschränkt: § 4 Abs. 3 TVG läßt nur Betriebsvereinbarungen zu, soweit sie günstiger sind als ein entsprechender Tarifvertrag; und nach § 59 BetrVG sind auf dem Gebiete des Arbeitsentgelts und der Arbeitsbedingungen Betriebsvereinbarungen unzulässig, sofern eine tarifliche Regelung im Betrieb oder auch nur im Tarifbereich üblich ist.[8] Damit ist aber durch das Tarifvertragsgesetz und das Betriebsverfassungsgesetz die betriebliche Autonomie - soweit sie überhaupt besteht - derart auf eine teilweise und subsidiäre Autonomie beschränkt, daß sie in dieser Form betriebliches Gewohnheitsrecht nicht rechtfertigen kann.[9]

---

3) Lehmann, Allgemeiner Teil, 13; Staudinger-Brändl, Einleitung, Rdnr. 42; Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung,105; von Thur, Allgemeiner Teil I., 10.

4) Lenmann, Allgemeiner Teil, 20; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 43 V; Denecke, RGRK Einleitung, Anm. 7; Forsthoff, 135; Staudinger-Brändl, Einleitung, Rdnr. 44; RGZ 102/9, 12.

5) Fechner, 97; Frey AuR 60/302, 306; Hueck, Lehmann-Festschrift II, 634 Note 9; Nikisch I, 269; Reuss DAR 40/35, 36; ders. in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 14, 20; Siebert BB 55/869, 871; Sieg RdA 55/441, 444; Schmalzl, Begriff und Rechtsgrund der Gratifikation, NJW 57, 1785; Staudinger-Weber Fußnote ++ zu A 294. BAG 6.3.56 AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS.

6) Ablehnend auch Feichtinger, 30. Das BAG vom 4.10.56 AP Nr. 4 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS hat die Frage ausdrücklich offen gelassen, ob es betriebliches Gewohnheitsrecht gibt.

7) Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 8 Rdnr. 1; Dietz, BetrVG § 8 Rdnr. 3.

8) Betriebsvereinbarungen sind auch dann unzulässig, wenn der Arbeitgeber gar nicht tarifgebunden ist. Es kommt allein darauf an, ob der Betrieb im Tarifbereich liegt. Hueck-Nipperdey II, 835 Note 51; Galperin-Siebert § 59 Rdnr. 11.

9) Zum gleichen Ergebnis kommt Feichtinger, 30, der aus den Formvorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes ein Verbot betrieblichen Gewohnheitsrechts herausliest, da betriebliches Gewohnheitsrecht zu ungeschriebenen Betriebsnormen führe. Die Formvorschrift des § 52 Abs. 2 BetrVG bezieht sich aber nur auf die

Hinzu tritt, daß man die Figur betrieblichen Gewohnheitsrechts heute leicht entbehren kann. Sie wurde in einer Zeit entwickelt [9a], in der man entsprechend dem damaligen Stand der Lehre nur das als Recht zulassen konnte, was sich auf den geschlossenen Kreis der Rechtsquellen: Gesetz, Gewohnheitsrecht und autonome Satzung zurückführen ließ. Um der neuen Erscheinungen, wie der verpflichtenden Wirkung üblicher Gratifikationen, Herr zu werden, glaubte man deshalb auf ein betriebliches Gewohnheitsrecht zurückgreifen zu müssen. Heute dagegen ist es anerkannt [9b], daß geltendes Recht auch dadurch entstehen kann, daß allgemeine Rechtsgrundsätze durch die Rechtsprechung geformt und ausgefüllt, d.h. konkretisiert werden. Auf die Notlösung eines betrieblichen Gewohnheitsrechts ist man deshalb heute nicht mehr angewiesen [9c].

b) Wenn man betriebliches Gewohnheitsrecht für möglich halten wollte, so ließe sich daraus die Rechtsgeltung der betrieblichen Übung nicht herleiten; denn die betriebliche Übung ist an andere Voraussetzungen gebunden. Gewohnheitsrecht setzt zunächst eine tatsächliche, nicht bloße vorübergehende Übung voraus. [10]

Fortsetzung der Fußnote 9 von Seite 49:
Betriebsvereinbarung. Sie sagt über das Gewohnheitsrecht als davon unabhängige, eigenständige Rechtsquelle nichts aus. Auch die Verfassung, die für Gesetze bestimmte Formen vorschreibt, verbietet damit nicht die Bildung von Gewohnheitsrecht für ihren Geltungsbereich.
Zudem ist es ohnehin fraglich, ob der Gesetzgeber überhaupt die Bildung von Gewohnheitsrecht ausschließen kann. Angesichts der Gleichwertigkeit von gesetztem und Gewohnheitsrecht, wird man diese Frage grundsätzlich verneinen müssen. Eine andere Sache ist es, ob die Rechtsüberzeugung trotz eines gesetzlichen Verbotes noch am Leben bleiben wird. Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 40, III Forsthoff, 136.

9a) Vgl. Denecke DAR 40/141, 143, 145.

9b) Vgl. die grundlegende Monographie von Esser, Grundsatz und Norm, S. 52, 244. Im Rahmen dieser Arbeit kann darauf nicht näher eingegangen werden.

9c) Praktisch bedeutsam wurde die Figur betrieblichen Gewohnheitsrechts bisher ohnehin nicht, da sie die ihr zugedachten Aufgaben nicht lösen konnte. Berücksichtigt man zudem die Ansicht des BAG vom 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 1 RS, wonach aus einer selbst jahrzehntelangen betrieblichen Übung noch kein Rechtsgeltungswille herausgelesen werden kann, so zeigt sich die praktische Wertlosigkeit des Instituts.

10) Denecke, RGRK Einleitung Anm. 6; Fechner, 96; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 39 II; Lehmann, Allgemeiner Teil, 19. Von Gierke, Deutsches Privatrecht, 165 und 170.

Eine solche, langjährige Übung wird man im Gratifikations- und Ruhegeldrecht öfters feststellen können. Sie ist aber nicht nötig. Nach ständiger Rechtsprechung entstehen bereits nach dreimaliger Gratifikationszahlung Ansprüche, und selbst eine zweimalige Wiederholung kann möglicherweise ausreichen. [11] An solche Zeiträume ist aber beim Gewohnheitsrecht nicht gedacht. [12][13]

c) Noch deutlicher tritt der Unterschied in folgendem zutage:
Beim Gewohnheitsrecht muß in der Übung der Wille der betroffenen Kreise zum Ausdruck kommen, eine bindende Regel zu befolgen (opinio necessitatis) [14]. Beteiligt [15] sind im Betrieb sowohl Arbeitnehmer wie Arbeitgeber. Das bedeutet, daß sich ohne den entsprechenden inneren Willen des Arbeitgebers keine Verpflichtung aus betrieblichem Gewohnheitsrecht bilden kann. [16] Bei der betriebli-

---

11) RAG ARS 32/236, Leitsatz. Vgl. dazu die Rechtsprechungsübersicht oben S. 6 Note 7; Monjau B 56/1156, 1157.

12) Wenn das Gewohnheitsrecht dem förmlich gesetzten Recht ebenbürtig sein soll, so muß es auch einen läuternden Entstehungsprozeß durchmachen und sich in einer festen und dauerhaften Übung bewährt haben.

13) So reichen z.B. nach von Thur, Allgemeiner Teil I, 47 die 10 Jahre vom Inkrafttreten des BGB bis 1910 nicht aus, Gewohnheitsrecht zu begründen. Frey AuR 60, 302, 306 fordert geradezu unvordenkliche Zeit, während Staudinger-Brändl Einleitung Anm. 44 "nicht gerade 10 Jahre" für ausreichend hält. Vgl. zur Zeit auch v. Gierke, Deutsches Privatrecht S. 170 Note 47. Nach BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB betriebliche Übung Bl. 1 RS kann aus einer selbst jahrzehntelangen betrieblichen Übung noch kein Rechtsgeltungswille herausgelesen werden.

14) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 39, I, 1; Jacobi, Grundlehren, 144; Nebinger, 74. Daneben wird meist von der Rechtsüberzeugung der Beteiligten gesprochen: Bruck-Möller,Einleitung Anm. 36; Denecke, RGRK Einleitung Anm. 6 u. 7; Fechner, Wirklichkeit als Rechtsquelle, 96; Forsthoff, 133; Nikisch I, 269; Reuss DAR 40/35, 36; Sieg RdA 55/441, 444; Staudinger-Brändl, Einleitung Rdnr. 43; Boehmer, Grundlagen II, 2 S. 201 (opinio juris); oder vom Rechtsgeltungswillen: Lehmann, Allgemeiner Teil, 19. Die Unterschiede sind hier unbeachtlich.

15) Der Wille muß sich also nur auf die beschränken, die betroffen werden können. Boehmer, Grundlagen II, 2 S. 201; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 39 I 3; Forsthoff, 136; Nebinger, 74; Zweigert, Gewohnheitsrecht und ordre public, DRZ 48 /113, 116.

16) Das beruht auf der besonderen Struktur des Betriebes. Während es sonst beim Gewohnheitsrecht nicht auf den Willen des einzelnen, sondern auf die allgemeine Überzeugung ankommt, nimmt der Arbeitgeber eine Sonderstellung ein. Er ist Partner der einzelnen Arbeitsverträge, gegen ihn soll sich das Gewohn-

chen Übung ist es anders. Eine Durchsicht der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zeigt nämlich, daß die Arbeitgeber in wohl allen Fällen im Bewußtsein der Freiwilligkeit und der freien Widerruflichkeit ihres Tuns handelten. Sie wollten aus sozialer Einstellung heraus etwas leisten, [17] wozu sie gerade nicht verpflichtet waren. Dies zeigt die Flut der Prozesse, mit denen sie sich gegen Ansprüche wehrten. Trotzdem wurden sie aus der betrieblichen Übung verpflichtet, und das RAG hat mehrfach [18] entschieden, der innere, nicht zum Ausdruck gekommene Wille des Arbeitgebers beeinflusse die Verpflichtung aus betrieblicher Übung nicht. Der Arbeitgeber könne auch o h n e seinen Willen verpflichtet werden. [19] Das Gewohnheitsrecht, das an die innere Rechtsüberzeugung der Beteiligten anknüpft, ist damit an engere Voraussetzungen gebunden. [20]. Auch die Figur betrieblichen

---

Fortsetzung der Fußnote 16 von Seite 51:
heitsrechts richten. Er ist damit nicht gleichwertiges Glied einer fiktiven, übergeordneten Gemeinschaft. Zutreffend Feichtinger, 74; Reuss DAR 40/35, 36; ders. in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 15.

17) Reuss in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 34; Sieg RdA 55/441, 444; BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 1 RS.

18) RAG ARS 13/545; 23/200, 201; 35/101, 103; 39/153, 154 (deutlich); sowie die weiteren Entscheidungen in der Rechtssprechungsübersicht oben S. 14 f.

19) Dies wird in der Literatur nicht immer mit der notwendigen Deutlichkeit hervorgehoben. Wenn deshalb Hueck-Nipperdey I, 136 die Ansicht vertritt, nur wo der Wille wirklich vorhanden sei, könne die betriebliche Übung bindend wirken, so ist dies zumindest mißverständlich. Die Rechtsprechung hat stets nur untersucht, ob sie das Verhalten des Arbeitgebers als Ausdruck eines Verpflichtungswillens deuten könnte. Der wirkliche Wille des Arbeitgebers hat dagegen die Rechtsprechung nie interessiert. Richtig dagegen Fechner, 87.

20) Hueck, Lehmann-Festschrift II, 634 Note 9; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II, 1, a; Fechner, 86; Herschel DAR 41/72, 73; Galperin-Siebert, BetrVG 1 Rdnr. 126; Bobrowski-Gaul, A III Rdnr. 8; Neumann-Duesberg Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 2 RS; Sieg RdA 55/441, 443; Staudinger-Weber Fußnote ++ zu A 294; Nikisch I, 269; Heimeier B 57/1200; Reuss DAR 40/35, 36; Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 106; Zeuner BB 57/647, 648.
BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 1 RS; 9.3.61 AP Nr. 5 ebenda Bl. 2; BAG 13.10.60 AP Nr. 30 zu § 242 BGB Gleichbehandlung Bl. 1 RS;
Anderer Ansicht Denecke DAR 40/141, 143, 145; ähnlich in Anm. zu LAG Tübingen AP 54 Nr. 67; sowie Schnalzl, Begriff und Rechtsgrund der Gratifikation, NJW 57 1785 und Neumann-Duesberg in Anm. zu LAG Bremen MDR 52/691.

Gewohnheitsrechts könnte deshalb die Rechtsfolgen der betrieblichen Übung regelmäßig nicht erklären. 21)22)

2. Der Gerichtsgebrauch

Seit 1930 haben die Gerichte in ständiger Rechtsprechung der betrieblichen Übung verpflichtende Wirkung beigemessen und in den Fragen des Vorbehalts, der Betriebseinheitlichkeit, des Verpflichtungswillens einheitliche Entscheidungen gefällt. Dieser 30jährige Gerichtsgebrauch zu den Problemen der betrieblichen Übung könnte aus eigener Kraft oder als Gewohnheitsrecht die objektive Rechtslage verändert haben.

a) Mit Gerichtsgebrauch bezeichnet man eine allgemein geübte, übereinstimmende Praxis der Gerichte 1). Seine Rechtsnatur ist umstritten. Teilweise wird er als selbständige Rechtsquelle angesehen 2). Es zeigt sich aber, daß der Richter nicht an eigene oder fremde Entscheidungen und damit nicht an den Gerichtsgebrauch als solchen gebunden ist. 3) Er kann von ihm abweichen, wenn er anderen Sinnes wird. Mit Recht hält deshalb die h.L. den bloßen Gerichtsgebrauch nicht für eine Rechtsquelle im herkömmlichen Sinn. 4)

---

21) Allerdings ist in ähnlichen Fällen im Versicherungsrecht unbedenklich Observanz angenommen worden. So sei Gewohnheitsrecht entstanden, wenn eine Versicherung den Versicherten eine gewisse Zeit lang aus Kulanz freiwillige Beträge zahlt. So Sieg RdA 55/441, 444; Bruck-Möller, Einleitung, Anm. 37.

22) Nach Sieg RdA 55/441, 443 und Siebert BB 55/869, 871 soll betriebliches Gewohnheitsrecht dann Geltungsgrund der betrieblichen Übung sein, wenn die betriebliche Übung gleichzeitig die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts erreicht.

1) Vgl. statt aller Larenz, Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs NJW 51,497.

2) So Fechner, 96; v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 179; Krüger, Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung, RdA 57/201, 202 und Larenz NJW 51/497, 498 halten ihn für eine Quelle minderen Rechts. Ähnlich auch Staudinger-Brändl, Einleitung Anm. 51.

3) Baur, Der Gedanke der "Einheitlichkeit der Rechtsprechung" im geltenden Prozeßrecht JZ 53/326; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 42 I, 1; Forsthoff, 133; Jacobi, Grundlehren, 145; Larenz NJW 51,497, 498; Reinicke, Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung, MDR 56/324; Staudinger-Brändl, Einleitung Rdnr. 51; von Thur, Allgemeiner Teil I, 46.

4) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 42, I, 1; Forsthoff, 134; Lehmann, Allgemeiner Teil, 23; Nebinger, 74; Reinicke MDR 56/324; Staudinger-Brändl, Einleitung Rdnr. 51; von Thur, Allgemeiner Teil I, 10; Wieacker, Gesetzesrecht und Richterliche Kunstregel JZ 57/701, 704.

b) Der Gerichtsgebrauch kann aber dann unmittelbar bindende Kraft erringen, wenn er zum Gewohnheitsrecht erstarkt [5], d.h., wenn er von der allgemeinen Rechtsüberzeugung der beteiligten Kreise getragen wird. [6] Dazu genügt es nicht, daß die Gerichte, also Richter und Juristen, von der Verbindlichkeit des Gerichtsgebrauchs ausgehen; denn die Juristen sind nicht die Vertreter des Volkes. [7] Maßgebend ist die Überzeugung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die von der Rechtsprechung zur betrieblichen Übung betroffen werden können. Anders als beim betrieblichen Gewohnheitsrecht lautet hier die Frage, ob die Arbeitgeber heute die Rechtsprechung kennen, ob sie sich ihr - wenn auch vielleicht widerwillig - beugen und sie heute als geltende Rechtsregel anerkennen. [8] Von einer solchen Rechtsüberzeugung der Arbeitgeber kann man m.E. heute noch nicht reden. Zwar werden sich die Arbeitgeber irgendwann mit der Rechtsprechung abfinden. So sind auch die Prozesse über die verpflichtende Wirkung der betrieblichen Übung schon seltener geworden. [9] Dies hängt jedoch weniger mit dem Einverständnis der Arbeitgeberkreise als mit der Einsicht zusammen, daß ihr Vorgehen aussichtslos geworden ist.

Zudem ist die betriebliche Übung ein differenziertes Institut. Dies zeigt sich in der Rechtsprechung zum stillschweigenden Vorbehalt [10], bei öffentlichen Körperschaften und Krankenhäusern, sowie in der Handhabung des Vorbehalts bei Grati-

---

5) Der Gerichtsgebrauch ist nicht schon mit Gewohnheitsrecht gleichzusetzen. Andererseits zeigt sich, daß ohne Gerichtsgebrauch heute kaum mehr Gewohnheitsrecht entstehen kann, und daß der Gerichtsgebrauch eine moderne Art darstellt, die Rechtsüberzeugung des Volkes zum Durchbruch zu bringen. Der Gerichtsgebrauch bereitet also das Gewohnheitsrecht vor Lehmann, Allgemeiner Teil, 19 u. 23; Denecke,RGRK Einleitung Anm. 6; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 39, I, 3;

6) Anders wollen Reinicke MDR 56/324, 325 abgrenzen; überwiege die Pflicht der Gerichte zur Gesetzestreue, so läge Gerichtsgebrauch vor, von dem die Gerichte abweichen könnten. Sei dagegen das Vertrauen in die Kontinuität der Rechtsprechung stärker, so sei bindendes Gewohnheitsrecht entstanden. Dies kann nicht richtig sein. Der Vertrauensschutz kann allenfalls die Bindung der Gerichte erklären und damit eine konkrete Rechtsfolge rechtfertigen. Er kann aber nicht die Institute voneinander abgrenzen, die ihn verwirklichen.

7) Vgl. dazu Boehmer, Grundlagen II, 2 S. 202 und einschränkend Zweigert DRZ 48/113, 116.

8) Lehmann, Allgemeiner Teil, 23.

9) Die Erörterungen über den Verpflichtungsgrund finden sich meist nur am Rande der Entscheidungen.

10) Vgl. im einzelnen die Rechtsprechungsübersicht oben S. 13 Note 40 und 41.

fikationen und Ruhegeldern. [11] An solchen komplizierten Tatbeständen wird sich nur schwer Gewohnheitsrecht bilden können. [12]

Gegen eine gewohnheitsrechtliche Lösung des Komplexes der betrieblichen Übung spricht auch folgende Überlegung: Die Gerichte sind in der Nachkriegszeit von einer starren Rechtssprechung zur betrieblichen Übung teilweise wieder abgerückt[13] und haben damit den Gerichtsgebrauch verändert. Wäre dieser schon zum Gewohnheitsrecht geworden, so könnten die Gerichte von ihm nicht mehr abweichen und wären an ihn wie an ein förmliches Gesetz gebunden. [14] Selbst wenn sich der Gerichtsgebrauch jedoch zum Gewohnheitsrecht verdichtet hätte, so wäre damit die betriebliche Übung dogmatisch nicht befriedigend begründet. [15] Das Gewohnheitsrecht kann allenfalls erklären, daß die Übung heute verpflichtet; es liefert aber keine Erklärung für den Grund dieser Verpflichtung. Die Lösung macht nicht das Typische der Übung sichtbar und schält nicht die besonderen mit ihr verbundenen Situationen, Kräfte und psychologische Momente heraus. Sie würde damit ihre Aufgabe versäumen, zur dogmatischen Durchdringung der betrieblichen Übung beizutragen. [16]

---

11) Hierzu ebenfalls Rechtsprechungsübersicht oben S. 10 Note 31 und S. 12 Note 34.

12) Vgl. auch Sieg RdA 55/441, 443 Note 26, der zutreffend darauf hinweist, eine Verkehrssitte könne sich nur an einfachen Tatbeständen bilden.

13) Sie stellen wieder stärker auf den Verpflichtungswillen des einzelnen Unternehmers ab: Vgl. etwa LAG Heidelberg-Mannheim 21.2.49 BB 50/815 = AP 51 Nr. 241; LAG Frankfurt 14.7.53 BB 53/916.
Diese Änderung der Rechtsprechung veranlaßte Dietz AG 51/146 (zitiert nach Zigan B 52/1010) zur Feststellung, das Dogma gerate ins Wanken.

14) Vgl. etwa Forsthoff, 134; BGH 12.4.51 BGHZ 1/369, 375 im Ergebnis auch BGH 8.3.53 BGHZ 9/339, 352.
Anderer Ansicht BGH 8.7.55 BGHZ 18/81, 93 und ihm folgend Denecke, RGRK Einleitung Anm. 6: Wenn die Gerichte abweichen, so könne man nicht mehr von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung und damit von keinem Gewohnheitsrecht mehr reden. Diese Ansicht geht von der falschen Voraussetzung aus, daß Gerichtsüberzeugung gleich Volksüberzeugung sei. Sie bedeutet überdies, daß die obersten Gerichte überhaupt nicht an das Gewohnheitsrecht gebunden sind, und hebt damit die Gleichwertigkeit von Gewohnheitsrecht und gesetztem Recht auf.

15) Mit Recht spricht deshalb Gernhuber, 163 von der gewohnheitsrechtlichen Begründung als einem Trostpreis.

16) Darin liegt aber der Sinn der Dogmatik. Zutreffend Herschel, Fürsorgepflicht und Konkrete Ordnung des Betriebes DAR 41/186.

III. BETRIEBLICHE ÜBUNG ALS AUTONOME BETRIEBLICHE ORDNUNG

1. Nach dem Kriege versuchte die Rechtsprechung erneut, der betrieblichen Übung normative Geltung zuzusprechen. Diesmal knüpfte sie mit ihrer Begründung an die Befugnis der Rechtsetzung im Betrieb, d.h. an die betriebliche Autonomie an. So heißt es im Urteil des LAG Bremen vom 18.4.51: [1]

> "Es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß im Rahmen der allgemeinen Gesetze innerhalb des Betriebes ein autonomes Betriebsrecht geschaffen werden kann, das neben Regelungen betriebsorganisatorischer und sozialer Art auch zivilrechtliche Leistungsverpflichtungen und Erfüllungsansprüche zu schaffen vermag."

Das LAG fährt fort, es sei nicht einzusehen,

> "warum sich das Betriebsrecht auf geschriebene oder doch jedenfalls zweiseitig vereinbarte oder beschlossene Betriebsvereinbarungen allein beschränken soll und warum nicht auch die ursprünglich einseitige, dann aber von allen Betriebsangehörigen gebilligte und befolgte Betriebsübung Bestandteil der autonomen betrieblichen Ordnung sein soll... Das LAG leitet danach den Rechtsanspruch der Betriebsangehörigen auf Zahlung der betriebsüblichen Weihnachtsgratifikation nicht aus irgendwelchen fiktiven einzelvertraglichen Abmachungen ab, sondern aus der Geltung einer durch regelmäßige Übung und Gewohnheit, d.h. aber durch eine betriebsübliche Regelung entstandenen autonomen Betriebsordnung."

2. Auch Brecht [2] geht davon aus, daß der Betrieb in steigendem Maße die Kraft zur autonomen Gestaltung seiner Eigenverfassung gewinne und damit Betriebsnormen schaffe. Darunter versteht er Normen, deren Ursprung und Wirkungskreis der Betrieb und die von ihm umgrenzte Betriebsgemeinschaft seien, und die im Rahmen der gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen das Einzelarbeitsverhältnis beherrschen. Solche Betriebsnormen können nach Brecht nicht nur durch Betriebsvereinbarung, sondern auch durch eine betriebliche Übung entstehen. Der Geltungsgrund der Betriebsnormen liege dabei einerseits in der normativen Kraft des Faktischen. [3] Andererseits sollen Arbeitgeber und Betriebsrat an ihrem Entstehen dadurch entscheidend mitwirken, "daß sie durch positives Tun, etwa vorbehaltlos fortgesetzte Gewährung zusätzlicher Arbeitsbedingungen, oder durch Unter-

---

1) LAG Bremen 18.4.51 BB 51/530; ferner Beschluß vom 10.2.54 AP 54 Nr. 132 S. 447 = BB 54/193.

2) Brecht, Kündigung von Betriebsnormen BB 51/965 ff.

3) aaO. 968.

lassen rechtzeitigen Widerspruchs die betriebliche Übung mit ihrer normbildenden Kraft und Wirkung ermöglichen." [4] Beide seien deshalb als Quasigesetzgeber zu behandeln.[5][6] Beide Lösungsversuche weisen eine gewisse Ähnlichkeit mit der Lehre der konkreten Ordnung, sowie mit den Ansichten von Fechner und Galperin auf.[7] Sie unterscheiden sich aber, weil die Beteiligung von Arbeitgeber, Betriebsrat und Betriebsgemeinschaft am Rechtsetzungsvorgang in den Vordergrund gespielt wird.

3. Bei beiden Ansichten ist zunächst zweifelhaft, wer auf der Arbeitnehmerseite an der Rechtsetzung mitwirken soll. Das LAG [8] spricht von allen Betriebsangehörigen, Brecht [9] vom Betriebsrat, während der einzelne Arbeitnehmer einflußlos sein soll. Für die Betriebe, die nach § 8 BetrVG keinen Betriebsrat haben, könnte diese Konstruktion nicht gelten. Das LAG hat seine Ansicht ferner nicht konsequent durchgeführt. Trotz der angeblichen normativen Wirkung der betrieblichen Übung fordert es, die Arbeitnehmer müßten sich der Regelung unterwerfen.[10] Wesen der Norm ist es aber gerade, daß sie auch unabhängig vom Willen

---

4) aaO. 968.

5) Andererseits meint Brecht, daß weder Arbeitgeber noch Betriebsrat willentlich eine Betriebsnorm setzen. Was deshalb mit dem Begriff "Quasigesetzgeber" gesagt sein soll, erläutert Brecht nicht.

6) Die Ansicht Brechts erscheint nicht konsequent. Auf der einen Seite sagt er, die normative Kraft des Faktischen bewirke die normative Geltung der betrieblichen Übung. Auf der anderen Seite soll der Arbeitgeber durch die Unterlassung des Widerspruchs die normative Kraft der Übung ermöglicht haben. Anerkennt man die normative Kraft des Faktischen, so bedeutet dies, daß die Tatsachen allein aus sich heraus Recht schaffen können. Eine rechtliche Mitwirkung des Arbeitgebers ist damit in jeder Weise überflüssig.
Glaubt man aber, das Betriebsrecht würde gegen den ausdrücklichen oder stillschweigenden Widerspruch des Arbeitgebers nicht entstehen, so vertritt man damit die Auffassung, daß die Fakten allein eben gerade nicht die normative Wirkung herbeiführen können. Dann kann man aber auch nicht die normative Kraft des Faktischen als Geltungsgrund zitieren.

7) Vgl. hierzu die Darstellungen oben S. 43 ff und 45 ff.

8) aaO. S. 531 r. Sp.

9) aaO. S. 968. Daneben erwähnt er S. 966 Note 7 auch Betrieb und Betriebsgemeinschaft. Vgl. hierzu auch kritisch Sieg RdA 55/441.

10) aaO. S. 966 und deutlich im Beschluß vom 10.2.54 AP 54 Nr. 132 S. 448 = BB 54/193. Daß dies eine erhebliche Einschränkung bedeutet, stellen auch Hilger, Ruhegeld, 42 und Siebert BB 55/869, 871 Note 8 fest.

und Einverständnis des einzelnen gilt. [11] Die Lehre von der autonomen betrieblichen Ordnung hat sich nicht durchgesetzt. [12] Sie läßt sich nach dem BetrVG nicht mehr aufrecht erhalten.

Unter Autonomie versteht man die Befugnis, Recht zu setzen. [13] Es ist allgemeine Auffassung, daß alle Autonomie vom Staat abgeleitet ist. [14] Sie steht ihren Trägern nicht originär, um ihrer Struktur oder Funktion willen zu, sondern weil sie vom Staat verliehen oder zugelassen wurde. Damit ist Umfang, Inhalt und Form der Autonomie stets an der staatlichen Delegation abzulesen. [15] Dies gilt auch für die betriebliche Autonomie.

Das BetrVG regelt die innerbetriebliche Rechtsetzung und kennt nur die förmliche Betriebsvereinbarung. Sie wird zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbart. Ihre normative Wirkung tritt nur ein, wenn sie nach § 52 Abs. 2 BetrVG schriftlich niedergelegt ist [16]. Damit ist die betriebliche Rechtsetzungsbefugnis an bestimm-

---

11) Die Norm unterwirft, weil sie gilt. Sie leitet nicht umgekehrt ihre Geltung aus der Unterwerfung der einzelnen Betroffenen ab.

12) Frey AuR 60/302, 305; Hilger, Ruhegeld, 42 Hueck, Lehmann-Festschrift II, 635; Götz Hueck, AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II 1 c; Siebert BB 55/869, 871; Sieg RdA 55/441; Staudinger-Weber Fußnote ++ zu A 294; Zeuner BB 57/647, 648; Zigan B 51/958 läßt die Frage offen.
LAG Stuttgart 8.2.50 BB 50/290; LAG Frankfurt 14.7.53 BB 53/927 = BB 53/916; LAG Frankfurt 22.4.52 AP 52 Nr. 199 S. 387, Leitsatz; LAG Düsseldorf 9.2.55 BB 55/508 am Ende.
Gegen eine normative Geltung ferner die oben S. 47 Note 16 genannten Autoren und Entscheidungen.

13) Vgl. statt aller Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 43 I.

14) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 43 I; Hueck-Nipperdey II, 22, 190, 262; von Brunn, 75; Lehmann, Allgemeiner Teil, 17; Prost, Über die Autonomie NJW 55/1463, 1464; Sieg RdA 55/441; derselbe, Tarifvertrag AcP 151/246, 252; Staudinger-Brändl, Einleitung Rdnr. 41.

15) Kritisch dazu Krüger, Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung RdA 57/201, 203, der geltend macht, die h.L. würde nur deshalb auf die Delegation verweisen, um die These von der Einheit des Gesetzgebers zu wahren.

16) Es gibt keine stillschweigende Betriebsvereinbarung: Dietz, BetrVG § 52 Rdnr. 32; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG § 52 Rdnr. 36; Frey AuR 60/302, 305; Galperin-Siebert BetrVG § 52 Rdnr. 16; Hueck, Lehmann-Festschrift II, 635; Götz Hueck, AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II 1c; Hueck-Nipperdey II, 788 mit weiteren Nachweisen; Sieg RdA 55, 441; Neumann-Duesberg, 367; Zeuner BB 57/647, 648.

te, förmliche Voraussetzungen gebunden. Diese förmlichen Voraussetzungen erfüllt die ungeschriebene betriebliche Übung nicht. Der Hinweis auf die betriebliche Autonomie kann deshalb nicht zur normativen Geltung der betrieblichen Übung führen.

KAPITEL 2
BETRIEBLICHE ÜBUNG UND RECHTSGESCHÄFTLICHE VEREINBARUNG

§ 8 DIE BETRIEBLICHE ÜBUNG ALS STILLSCHWEIGENDER VERTRAG ZWISCHEN ARBEITGEBER UND ARBEITNEHMER (h.L.)

I. Die seitherigen Überlegungen haben gezeigt, welche praktischen und theoretischen Bedenken einer normativen Wirkung der betrieblichen Übung entgegenstehen. Es ist deshalb zu untersuchen, ob sich die betriebliche Übung auf einzelvertraglicher Grundlage erfassen läßt. Die Rechtsprechung hat unter Führung des RAG diesen Weg beschritten. Sie sieht zusammen mit der h.L. [1] des Schrifttums

---

1) Vgl. Berger BB 56/1071, 1072; Bobrowski-Gaul A III Rdnr. 8; Butz, 64, 65; Enneccerus-Lehmann, Allgemeiner Teil § 145 I 3 e; Feichtinger, 42 ff; Fuchs, 17; Graef, 44; Gros AR-Blattei Gratifikation I Übersicht B III 1 a; Heimeier B 57/1200; Heinig BlStSozArbR 51/363; Heissmann, Ruhegeld, 50, 59 und BB 58/633, 634; Herschel-Schröder BB 56/1073, 1074; Hilger, Handbuch, 25 (anders aber Ruhegeld, 56 ff); Hueck-Nipperdey I, 135 und 32 ff; derselbe Lehmann-Festschrift II, 636; derselbe DAR 38/124, 125; Götz Hueck, Gleichbehandlung, 72 Note 35 und 122; derselbe AR-Blattei Betriebsübung I, Übersicht A II 2 b; derselbe Molitor-Festschrift, 208; Kaskel-Dersch, 158; Köst,24; Maus, Arbeitsrecht, 235, 236; Molitor B 50/315 (zögernd); Staudinger-Nipperdey-Mohnen Rdnr. 339 a vor § 611 BGB; Staudinger-Nipperdey-Neumann Rdnr. 209 zu § 611 BGB; Roesch BlStSozArbR 50/349; Savaete, 21; Schmalzl NJW 57/1785; Sinzheimer, 183 Anm. 2; Weichner, 20; Waechter, Die Weihnachtsgratifikation im Arbeitsrecht, MuA 50/257; Zigan, Weihnachtsgratifikation, 6, 7, 8; derselbe, Gleichbehandlung von Geld- und Naturalleistungen beim Erwerb eines Rechtsanspruchs auf Weihnachtsgratifikation? B 50/218; derselbe B 51/958. Vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung zur Gratifikation RAG ARS 6/203, 204; 9/357, Leitsatz; 10/539, 542; 14/49; 17/249, 251; 18/416, 417; 23/200, 201; 29/3, Leitsatz; 29/209, Leitsatz; 32/236, Leitsatz; 33/223, 227; 36/374; 37/225, Leitsatz; 39/153, 154; 37/365, Leitsatz (Urlaub); 40/215, 217; 40/369, 373; LAG Krefeld-Uerdingen ARS 21/185, Leitsatz; LAG Darmstadt 24/29, 31; LAG Kassel 45/81, 82; LAG Berlin JW 31/2598; LAG Magdeburg 27/75, 76;

in der tatsächlichen Übung eine stillschweigende Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer:

1. Das RAG hatte sich anfänglich vor allem mit Gratifikations- und Ruhegeldfällen zu befassen. Dabei ging es davon aus, daß sich ein Arbeitgeber ohne weiteres vertraglich zu Gratifikations- und Ruhegeldleistungen verpflichten könne.[2] Da ein solcher Vertrag an keine Form gebunden sei, könnten ihn die Beteiligten auch stillschweigend schließen. Gewähre nun der Arbeitgeber regelmäßig an seine Arbeitnehmer Gratifikationen oder Ruhegelder, ohne durch einen Vorbehalt auf die Freiwilligkeit der Leistung hinzuweisen, so ergebe sich daraus im Wege der Auslegung der Schluß, der Arbeitgeber wolle auch in Zukunft leisten.[3] Maßge-

Fortsetzung der Fußnote 1 von Seite 59:
Zum Ruhegeld RAG ARS 18/39, 40; 23/37, 38; 38/152, Leitsatz; Vgl. allgemein: LAG Hamburg 18.9.48 ARSt II Nr. 950 = WA 48 Nr. 273 S. 95; LAG Heidelberg-Mannheim 21.2.49 BB 50/815 = AP 51 Nr. 241; LAG Hamm 25.3.49 BB 49/664 und vom 25.3.49 AP 50 Nr. 88 S. 313; LAG Heidelberg 7.7.50 AP 51 Nr. 103 S. 375 = BB 50/815; LAG Düsseldorf 18.7.52 B 52, 1011; LAG Kiel 22.7.52 BB 52/919 = B 52/848; LAG Frankfurt 4.9.52 B 52/1011; LAG Düsseldorf 20.3.53 BB 53/443; LAG Hannover 3.8.53 AP 54 Nr. 14 S. 60; LAG Hamm. 23.10.53 AG 54/63; LAG Frankfurt 14.7.53 BB 53/916 = AP 54 Nr. 96; LAG Frankfurt 8.7.54 B 54/888 = BB 54/996; LAG Frankfurt 30.1.57 BB 57/331; AG Hamburg 11.11.57 AP Nr. 36 zu § 242 BGB Ruhegeld, Bl. 2 RS; LAG Düsseldorf 10.11.60 BB 61/529. Die jüngeren Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte begnügen sich meist mit dem Hinweis, es sei ständige Rechtsprechung, daß aus jahrelanger, vorbehaltloser Gratifikations- oder Ruhegeldzahlung Ansprüche für die Zukunft entstehen.
BAG 24.1.56 AP Nr. 2 zu § 611 Gratifikation Bl. 1 (deutlich); vom 6.3.56 AP Nr. 3 ebenda Bl. 1 RS; 4.10.56 AP Nr. 4 ebenda Bl. 1 RS; vom 17.4.57 AP Nr. 5 ebenda, Bl. 1; vom 3.4.57 AP Nr. 6 ebenda Leitsatz 2.; (Während Nr. 3 und Nr. 4 auf die Feststellung Wert legen, ohne Verpflichtungswille bestehe kein Anspruch, wird hier wieder deutlich die vertragliche Grundlage betont, Bl. 1 Rückseite); BAG vom 2.4.58 BB 58/879; 27.2.57 AP Nr. 21 zu § 242 BGB Ruhegehalt Leitsatz; vom 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 2 RS; vom 28.2.56 AP Nr. 1 ebenda Bl. 1 RS; vom 22.11.57 AP Nr. 34 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 3.

2) Die teilweise vertretene Auffassung (vgl. Weiss, Die Weihnachtsgratifikation BB 49/578, 579) die freiwilligen Leistungen dürfen nicht verrechtlicht werden, hat sich nicht durchgesetzt.

3) So heißt es in einer der ersten Entscheidungen, RAG ARS 6/203, 204: "Unter solchen Umständen wird der Angestellte mit Recht in dem Verhalten des Geschäftsherrn die Erklärung seines Willens, eine Zusage dahin erblicken, daß ihm die Gratifikation ein für allemal gewährt werden solle, solange sein Dienstverhältnis dauert."

bend sei dabei nicht ein innerer, gar nicht zum Ausdruck gekommener Wille,[4] sondern das nach außen gezeigte Verhalten, aus dem die Arbeitnehmer nach Treu und Glauben [5] auf einen Verpflichtungswillen des Arbeitnehmers schließen dürften.[6] Dieses Vertragsangebot des Arbeitgebers werde von den Arbeitnehmern stillschweigend, etwa durch die Entgegennahme von Gratifikationen angenommen.[7]

Die Rechtsprechung vollzog die Auslegung jedoch bald recht schematisch: Die reine Wiederholung, zum Beispiel die dreimalige Gratifikationszahlung, wurde als Ausdruck eines Verpflichtungswillens gewertet; anders sollte es nur sein, wenn

---

4) RAG ARS 13/543, 545; 23/200, 201; 35/101, 103; 39/153, 154 (deutlich); 37/225, 227; LAG Bremen 18.4.51 BB 51/530; vgl. auch BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 2 = BB 58/192, 193, wonach es unerheblich sein soll, ob der Arbeitgeber in der irrigen Annahme leistete, zu der Zahlung verpflichtet zu sein.
In der Literatur wird darauf ebenfalls hingewiesen: Hueck Anm. zu RAG ARS 29/209, 211; derselbe Lehmann-Festschrift II, 638; derselbe in Hueck-Nipperdey I, 136, 282; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht B I 2 b; Denecke DAR 40/141; Fechner, 87; Köst, 24; Reuss DAR 40/35, 36.

5) RAG ARS 13/543, 545; 23/200, 201; 39/153, 154.
Graef, 44; Hueck Anm. zu RAG ARS 29/209, 211; Köst, 24.

6) Wenn deshalb stereotyp der Satz auftaucht (Heissmann, Ruhegeld, 60; Hueck-Nipperdey I, 136; derselbe Lehmann-Festschrift II, 638; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht B I 2 a; Hilger BB 50/819; Nikisch I, 269; Reuss DAR 40/35, 36; Richardi RdA 60/401, 403; Siebert in Reuss-Siebert, 107), ohne oder gegen den Willen des Arbeitgebers könne keine betriebliche Übung entstehen, so ist dies nicht richtig. Die Rechtsprechung hat nie auf einen realen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers abgestellt. Sie ist immer von der Auslegung des arbeitgeberischen Verhaltens ausgegangen. Sie hat nicht einmal zugelassen, daß der Arbeitgeber die ohne seinen Willen entstandene verpflichtende Wirkung der betrieblichen Übung nachträglich etwa durch Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB beseitigen kann. Vgl. hierzu unten S. 67.
Gegen diese Formulierung zutreffend auch Köst, 24.

7) Heissmann, Ruhegeld, 59; derselbe BB 58/633, 634; Hueck Lehmann-Festschrift II, 637; derselbe in Hueck-Nipperdey I, 135, 436; derselbe DAR 38/124, 125; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht B I 3 a; Hilger BB 58/417 (anders aber Ruhegeld, 56).
LAG Hamm 25.3.49 BB 49/664; BAG 27.2.57 AP Nr. 21 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 2 und vom 4.3.61 BB 61/531.

besondere Umstände entgegenstünden. [8] Literatur und Rechtsprechung versuchten nach dem Kriege, das Rad - jedenfalls in den abstrakten Formulierungen - wieder zurückzudrehen. Nur wo das gesamte Verhalten des Arbeitgebers auf einen Verpflichtungswillen schließen lasse, [9] könne eine Verpflichtung entstehen. [10]

2. Die vertragliche Lösung spricht der betrieblichen Übung keine selbständige Bedeutung zu. [11] Die Übung gilt nur, weil sie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart ist. [12]

Die praktischen Vorteile der vertraglichen Lösung springen in die Augen. Sie kann grundsätzlich die entstehende Verpflichtung und die Wirkung eines Vorbehalts erklären. [13] Sie ist anpassungsfähig, da bei der Auslegung des arbeitgeberischen

---

8) RAG ARS 9/357, 358; 17/249 Leitsatz; 29/3, und in 15/138 heißt es im Leitsatz: Jahrelange, vorbehaltlose Weihnachtszuwendungen begründen einen Rechtsanspruch auf Weiterzahlung, falls nicht besondere Umstände die Annahme einer bindenden Zusage ausschließen.

9) LAG Heidelberg 21.2.49 BB 50/815 = AP 51 Nr. 241; LAG Hannover 3.8.53 AP 54 Nr. 14 S. 60; LAG Hamm 23.10.53 AG 54/63; sowie BAG 6.3.56 AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 2. Vgl. auch schon RAG ARS 40/215, 217.
Dem stimmten in der Lehre insbesondere zu: Zigan Anm. zu LAG Frankfurt AP 54 Nr. 96 S. 343; derselbe B 52/1010; Hilger BB 50/819; Rothe BlStSozArbR 54/347; Dietz AG 51/146 (Das Dogma gerate ins Wanken. Zitiert nach Zigan B 52/1010).

10) Dennoch ging man immer so zu Werk: Ließ sich neben der regelmäßigen Zahlung nichts besonderes feststellen, so schloß man auf den Verpflichtungswillen. Die Verpflichtung wurde nur dort verneint, wo sich ein entgegenstehender Wille aus den Umständen des Einzelfalles ergab. Die "Umstände" hatten also stets nur die Aufgabe, die Verpflichtung zu v e r m e i d e n, nicht aber sie zu b e g r ü n d e n.

11) Trotzdem stellen manche Autoren die Ansprüche aus Vertrag und Ansprüche aus betrieblicher Übung gegeneinander: Heissmann, Ruhegeld, 48; derselbe RdA 55/371, 372; Hilger BB 50/819. Ebenso BAG 6.3.56 AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS.

12) Sie versucht damit, die betriebliche Übung mit anerkannten dogmatischen Mitteln zu erfassen.

13) Alle Vertreter der vertraglichen Lösung lassen deshalb auch Ansprüche nur dann entstehen, wenn durch die Umstände oder durch ausdrücklichen Vorbehalt der Verpflichtungswille nicht erkennbar ausgeschlossen ist.
Anderer Ansicht war vorübergehend das LAG Hamm 13.12.46 RdA 48/32, sowie LAG Kiel 18.12.51 ARSt VIII Nr. 232 und LAG Hamburg 10.11.54 ARSt XIV Nr. 31, die auf einhellige Ablehnung in Rechtsprechung und Schrifttum gestoßen sind. Ähnlich auch schon Denecke DAR 40/141, 143.

Verhaltens alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden können.

Dagegen läßt sich die Betriebseinheitlichkeit der Übung nicht lösen. Es ist durchaus möglich, daß die einzelnen Arbeitnehmer entsprechend ihrer Kenntnis und Einsichtsmöglichkeit das Verhalten des Arbeitgebers verschieden [14] auslegen können und müssen, so daß verschiedene Einzelverträge zustande kämen. Man findet auch keine Erklärung, warum der unmißverständliche Vorbehalt im Ruhegeldrecht die Bindung des Arbeitgebers nicht schlechthin ausschließt, [15] denn gegen den erklärten Willen des Arbeitgebers läßt sich die Übung nicht als eine Willenserklärung deuten. [16] Schließlich wird zu zeigen sein, daß gerade auch die Unbeachtlichkeit des inneren Willens des Arbeitgebers durch die Konstruktion einer Willenserklärung nicht erklärt werden kann.

3. Die Lösung der h.L. blieb nicht unwidersprochen. [17] Zwei grundlegende Argumente führt man gegen sie ins Feld:

---

14) Man denke dabei an einen Buchhalter, der aus gelegentlichen Äußerungen seines Chefs entnimmt, daß dieser die Gratifikationen nur freiwillig und ohne Verpflichtungswillen gewähren will. Der Buchhalter könnte aus der regelmäßigen Zahlung keinesfalls den Schluß ziehen, der Arbeitgeber wolle sich ihm gegenüber auch für die Zukunft dazu verpflichten.

15) Jeder deutliche und unmißverständliche Vorbehalt des Arbeitgebers müßte nämlich die Entstehung einer Verpflichtung h i n d e r n. Dies ist die logische Konsequenz, wenn man die Geltung der Übung auf den Verpflichtungswillen zurückführt. Darauf hat Hueck oft und energisch hingewiesen (vgl. z.B. Anm. zu RAG ARS 17/66). Trotzdem ist die Rechtsprechung im Einklang mit der Lehre auf dem Gebiet des Ruhegelds andere Wege gegangen und hat einen verpflichtungshindernden Vorbehalt dort nicht anerkannt. Vgl. dazu im einzelnen oben S. 12 Note 34.

16) Die Lehre (Hueck-Nipperdey I, 439) versucht sich durch die Konstruktion zu retten, der Arbeitgeber dürfe den Vorbehalt nicht gegen die guten Sitten und nicht willkürlich ausüben. Diese Konstruktion scheitert schon daran, daß die Bindung des Arbeitgebers im Ruhegeldrecht über ein bloßes Willkürverbot hinausreicht (BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt Leitsatz 3). Vor allem aber kann der Hinweis auf ein wie auch immer geartetes Willkürverbot nie erklären, warum die Arbeitnehmer plötzlich Ansprüche, also einen formellen Rechtszuwachs erhalten; denn das Willkürverbot stellt (soweit es sich nicht mit dem Gleichbehandlungsgebot deckt) keine Anspruchsgrundlage dar. Schließlich wäre auch nachzuweisen, warum die Willkür bei der Einstellung der Zahlungen verboten ist, während es dem Arbeitgeber freisteht, von vornherein willkürlich keine zusätzlichen Leistungen zu gewähren.

17) Die Kritik kam dabei auch aus den Reihen derer, die sich grundsätzlich der vertraglichen Lösung anschlossen.

a) Zunächst wird im Anschluß an Siebert [18] beanstandet, es sei unpraktisch, lebensfremd und unnatürlich, die einheitliche betriebliche Übung in ein Bündel einzelvertraglicher Angebote und Annahmen aufzuspalten. Noch stärker betont Denecke [19] den kollektiven Charakter und hält den Vertrag zur Erfassung solcher gemeinschaftsrechtlicher Vorgänge überhaupt für ungeeignet. Ähnlich lautet ein weiterer Einwand Sieberts, [20] Aufgabe des Arbeitsvertrages sei es nur, die individuelle Gestaltung und die individualrechtliche Garantie innerhalb des Arbeitsverhältnisses zu übernehmen.

An diesen Ansichten ist sicher richtig, daß die betriebliche Übung kollektive Züge trägt. [21] Ihr Inhalt wird nicht von den Partnern ausgehandelt, die Leistungen sind nicht individuell motiviert, und die betriebliche Übung fördert die gleichartige Ausgestaltung der Arbeitsverträge. Diese Merkmale sprechen aber nicht entscheidend gegen eine einzelvertragliche Erfassung. Die fortschreitende Typisierung der Rechtsgeschäfte des sogenannten Massenverkehrs durch allgemeine Geschäftsbedingungen und allgemeine Versicherungsbedingungen zeigt nämlich, daß der Einzelvertrag als Serienvertrag durchaus genormten Inhalt haben kann, und daß er nicht notwendig ausgehandelt sein muß. [22] Auch im Arbeitsrecht ist eine vertragliche Einheitsregelung geläufig. [23] Daß sich in einer formell vertraglichen Regelung

---

18) In Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 105 u. 109. In DAR 42, 133, 135 beanstandet er auch die Unklarheiten, die mit einer stillschweigenden Vereinbarung verbunden seien.
Ihm folgen: Nikisch NJW 54/529, 531; derselbe B 54/1021; derselbe Lehrbuch I, 264; Staudinger-Weber A 298; Böttcher RdA 53/161, 163; Feichtinger, 35; Hilger, Ruhegeld, 59 und Herschel DAR 40/49, Sp. 50 spricht von einer wirklichkeitsfremden Konstruktion, die unwahr und unehrlich sei.

19) DAR 40/141 im gleichen Sinne auch Brecht BB 51/965, 966.

20) Freiheit und Bindung, 47, 49, wo er auf die verschiedenen Funktionen von Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Einzelvertrag in der Arbeitsverfassung hinweist.

21) Die einzelnen Arbeitnehmer nehmen an der Verteilung nicht um ihrer persönlichen Eigenschaften oder Fähigkeiten willen teil, sondern wegen ihrer funktionellen Zugehörigkeit zum Betrieb. Vgl. grundsätzlich Götz Hueck, Gleichbehandlung, 72 und Molitor-Festschrift, 207.

22) Grundlegend hierzu Raiser, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 17, von dem auch der Ausdruck Serienvertrag stammt. Vgl. ferner Bärmann, 91; Götz Hueck, Molitor-Festschrift, 207; Sieg RdA 55/441, 442, sowie zur gleichartigen Gestaltung der Arbeitsverträge Nikisch I, 262.

23) Vgl. etwa Götz Hueck, Molitor-Festschrift, 207.
Auch das Problem, ob eine formell einzelvertragliche Ordnung nach dem Ordnungsprinzip durch einen ungünstigeren nachfolgenden Tarifvertrag aufgehoben

eine kollektive Ordnung verbergen kann, zeigt sich auch dort, wo man mit Hilfe des Gleichbehandlungssatzes Leistungen verlangen kann, die den anderen auf Grund vertraglicher Rechte zustehen. [24]

b) Die hauptsächliche Kritik setzt jedoch bei der Kernfrage ein, ob die h. L. in der betrieblichen Übung mit Recht eine echte, stillschweigende Willenserklärung des Arbeitgebers sieht. So weist man darauf hin, wenn ein Arbeitgeber jahrelang, vorbehaltlos z. B. Gratifikationen gewähre, so müsse er nicht schlechthin den Willen haben, auch in Zukunft zu leisten. [25] Demgemäß wird die Annahme eines Verpflichtungswillens als reine Fiktion abgetan [26] oder als gewillkürte Deutung [27] und bare Unterstellung [28] bezeichnet. Dem hielten die Rechtsprechung und insbesondere Hueck [29] entgegen, der wirkliche innere Wille des Arbeitgebers sei, wie immer bei der Auslegung von Willenserklärungen, unbeachtlich.

Fortsetzung der Fußnote 23 von Seite 64:
wird, konnte nur entstehen, weil man die Voraussetzung bejahte, daß gleichlautende Einzelverträge eine generelle Ordnung enthalten können. Vgl. hierzu im einzelnen unten S. 155.

24) Hat zum Beispiel der Arbeitgeber neun von zehn Arbeitnehmern eine Gratifikation bezahlt, so kann sie der zehnte auch dann beanspruchen, wenn der Arbeitgeber an die anderen auf Grund vertraglicher Verpflichtung leistete. Es muß lediglich feststehen, daß sich in der einzelvertraglichen Regelung eine generelle Ordnung verbirgt und der Arbeitgeber nicht auf Grund individueller Motive die Leistungen ausgeteilt hat.

25) Denecke RGRK Anm. 30 vor § 611 BGB; Hilger BB 50/819; Molitor B 50/315; Rothe BlStSozArbR 54/347; Sieg RdA 55/441, 443; Zigan, Weihnachtsgratifikation, 9; Herschel SozPrax. 41/Sp. 49, 50 spricht von einer Eselsbrücke. Ebenso LAG Heidelberg 7.7.50 AP 51 Nr. 103 S. 376.

26) So nachdrücklich Fechner, 87; Galperin-Siebert, BetrVG, § 1 Rdnr. 123 (jederzeit widerlegbare Fiktion); Hilger, Ruhegeld, 59; Reuss DAR 40/35; derselbe in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 12; Sieg RdA 55/441, 442 Note 4; Weichner, 24; LAG Düsseldorf 20.3.53 BB 53/443.
Anderer Ansicht Hueck, Lehmann-Festschrift II, 638, der Wille fehle nicht, diese Auffassung widerspreche der Rechtsprechung. Richtig dagegen Anm. zu RAG ARS 29/209, 211.

27) Schlessmann B 60/1335.

28) Graef, 46; Herschel SozPrax. 41 Sp. 49, 50; Hilger BB 50/819; RAG ARS 37/365, 367; LAG Heidelberg 7.7.50 AP 51 Nr. 103 S. 376 = BB 50/815 (nicht überzeugende Hilfskonstruktion). Auch Hueck spricht in der Anmerkung zu RAG 33/172, 181 vom Vertrag als einer Hilfskonstruktion.

29) Lehmann-Festschrift II, 638. Ebenso Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht B I 2 b.

Es komme nur darauf an, daß die Arbeitnehmer nach Treu und Glauben aus dem Verhalten des Arbeitgebers auf einen entsprechenden Willen des Arbeitnehmers schließen könnten.

aa) Prüft man, von welchen Vorstellungen und Erwartungen sich die Arbeitgeber leiten ließen, wenn sie regelmäßig Gratifikationen oder Ruhegelder gewährten, so kommt man zu dem schon mehrfach angedeuteten Ergebnis: die regelmäßige Wiederholung mag zwar den Schluß auf einen Verpflichtungswillen nahelegen; in Wirklichkeit lag jedoch ein Verpflichtungswille im Sinne einer psychologischen Tatsache nicht vor. [30] Die Arbeitgeber wollten sich nicht verpflichten. [31] Für den Regelfall wird daraus weiter folgen, daß sich die Arbeitgeber auch nicht bewußt waren, [32] die dreimalige Zahlung werde als Angebot ausgelegt und führe zu einer vertraglichen Bindung. Juristisch ausgedrückt bedeutet dies, daß dem Arbeitgeber Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille fehlten. [33]

bb) Ob man trotz fehlenden Erklärungsbewußtseins und Geschäftswillens von einer echten Willenserklärung sprechen kann, [34] ist seit den Anfängen der Rechts-

---

30) Dies wird in einigen Entscheidungen deutlich ausgesprochen. Vgl. die in Note 4 oben S. 61 genannten Entscheidungen und Autoren.

31) Die Arbeitgeber wollten freiwillige und zusätzliche Leistungen erbringen, zu denen sie gerade nicht verpflichtet waren (zutreffend Sieg RdA 55/441, 444). Sie hätten sich sonst nicht so energisch gegen die klageweise geltend gemachten Ansprüche der Arbeitnehmer gewehrt.

32) Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille fehlten sicherlich in jener Zeit, da die Rechtsprechung des RAG den Arbeitgebern noch unbekannt war.

33) Zu diesem Ergebnis kommt man, wenn man von der Terminologie Lehmanns, Allgemeiner Teil, 134 ff ausgeht. Lehmann, 135, versteht unter Erklärungsbewußtsein "das Bewußtsein des Handelnden: durch sein Verhalten eine rechtsgeschäftliche Mitteilung irgendwelchen Inhalts zu machen."
Geschäftswille soll dagegen die auf einen bestimmten, wirtschaftlichen, rechtlich gesicherten Erfolg gerichtete Absicht sein.
Bei der betrieblichen Übung fehlt der Geschäftswille, weil der Arbeitgeber nicht die aus der betrieblichen Übung entspringende, konkrete, vertragliche Bindung herbeiführen will.
Am Erklärungsbewußtsein gebricht es deshalb, weil der Arbeitgeber sich nicht bewußt ist, daß sein äußeres Verhalten, d.h. gerade die dreimalige Zahlung in ihrem Zusammenwirken als irgendeine rechtsgeschäftliche Mitteilung aufgefaßt werden kann.

34) Man wird diese Frage verneinen müssen. Nach h.L. ist das Erklärungsbewußtsein notwendiger Bestandteil des Begriffs Willenserklärung. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 145 II A 4 S. 901 und § 153 III S. 944; Godin RGRK

geschäftslehre heftig umstritten.[35] Diese grundsätzliche Frage mag jedoch dahingestellt bleiben. Jedenfalls müßten nämlich das fehlende Erklärungsbewußtsein und der fehlende Geschäftswille eine solche "Willenserklärung" nach § 119 Abs. 1 BGB wegen Inhaltsirrtums anfechtbar machen.[36] Der Arbeitgeber müßte sich also darauf berufen können, er habe sich über die inhaltliche Bedeutung der Erklärung geirrt, die er mit der betrieblichen Übung abgegeben hat.[37]

cc) Tatsächlich ist es dem Arbeitgeber jedoch verwehrt, wegen Irrtums anzufechten. Der Arbeitgeber soll nicht nur vorläufig, sondern endgültig verpflichtet werden. So erklärt das BAG den Irrtum des Arbeitgebers, zur Zahlung verpflichtet zu sein, ausdrücklich[38] für unbeachtlich. Das RAG beschränkt sich auf die Feststellung, der innere Wille des Arbeitgebers sei unerheblich,[39] und der Arbeitgeber müsse sein Verhalten nach Treu und Glauben gegen sich gelten lassen.[40]

Fortsetzung der Fußnote 34 von Seite 66:
HGB § 346 Anm. 2 II S. 17; Erman Vorbemerkung 1 vor § 116 BGB; Lange, 228; Oertmann, Allgemeiner Teil, 332; Lehmann, Allgemeiner Teil 136; Planck-Flad § 118, 4 b; R. Schmidt, Allgemeiner Teil 80; Staudinger-Coing Rdnr. 1 vor § 116 BGB; Siegel AcP 111/1, 15; Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, 271, so daß man bei fehlendem Erklärungsbewußtsein auch von keiner Willenserklärung mehr sprechen kann.
Anders Manigk, Irrtum, 109; derselbe, Verhalten, 208 ff; Soergel-Siebert, § 157 Anm. 9 ff; Larenz, Auslegung, 82.
Der BGH ließ die Frage offen, BGH vom 20.11.52 NJW 53/58.

35) Der Streit um Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille ist gerade im Bereich der sogenannten stillschweigenden Willenserklärung ausgebrochen. Vgl. etwa Staudinger-Coing, Rdnr. 37 vor § 116 BGB oder Soergel-Siebert § 157 Anm. 60, 61 oder Manigks Lehre von der fahrlässigen Willenserklärung.

36) Echte stillschweigende Erklärungen sind unbestritten auch anfechtbar. Siehe ausdrücklich RGZ 134/195, 197 mit Nachweisen und statt aller Larenz I, 35.

37) Daß es sich dabei nicht eigentlich um einen Irrtum, also um eine falsche Vorstellung, sondern um das Fehlen einer richtigen Vorstellung handelt, ist unschädlich. Irrtum und Unkenntnis sind insoweit gleichzustellen.

38) BAG 8.11.57 BB 58/192, 193.
Anders lag der Sachverhalt dagegen in dem vom BAG 2.4.58 BB 58/879 behandelten Fall. Hier meinten Arbeitgeber und Arbeitnehmer irrtümlich, die Leistungen seien in einer Rechtsnorm vorgeschrieben. Das BAG lehnte eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Weiterzahlung ab. Hier konnte das Verhalten des Arbeitgebers von den Arbeitnehmern gar nicht als Ausdruck eines Verpflichtungswillens gedeutet werden.

39) RAG ARS 39/153, 154, sowie die in Note 4 genannten Entscheidungen.

40) RAG ARS 13/543, 545 und die in Note 5 oben genannten Entscheidungen.

Das Schrifttum vermeidet meist, die Anfechtbarkeit der Erklärung anzusprechen. Soweit dies geschieht [41], versagt man dem Arbeitgeber, die Erklärung anzufechten.

In einem ähnlichen Fall versuchte das RG, [42] die Hürde der Anfechtung auf eine andere Weise zu nehmen. Ein Vermieter hatte jahrelang zu wenig Mietzins gefordert. Das RG erblickte darin einen stillschweigenden Vertrag. Der Irrtum des Vermieters über die Bedeutung seines Verhaltens sei unbeachtlich. Es handle sich um einen Rechtsfolgenirrtum. Diese Begründung ist, gemessen an anderen Entscheidungen des RG zum Rechtsfolgeirrtum, falsch. [43] Sie zeigt aber das Bemühen, die Anfechtung dann abzuschneiden, wenn die Erklärung aus einer Übung abgelesen wurde. Unbeachtlich ist ein Rechtsfolgenirrtum, der sich auf bloße Nebenfolgen bezieht, [44] der also nicht gleichzeitig Inhaltsirrtum ist. Im Mieterfall dagegen - und so ist es auch bei der betrieblichen Übung - irrt der Erklärende aber über die einzige und ausschließliche Rechtsfolge, nämlich darüber, daß sein Verhalten als Vertragsangebot wirkt. Der Rechtsfolgenirrtum ist damit ein nach § 119 Abs. 1 BGB anfechtbarer Inhaltsirrtum.

dd) Der Ausschluß der Anfechtbarkeit zeigt, daß die betriebliche Übung nicht als eine echte, stillschweigende Willenserklärung des Arbeitgebers gedeutet werden kann. Wäre der autonome Wille des Arbeitgebers Verpflichtungsgrund, so müßte bei seinem Fehlen jedenfalls im Wege der Anfechtung eine bereits entstandene vertragliche Bindung wieder beseitigt werden können.

Die Konstruktion der h.L. ist deshalb abzulehnen.

II. Sieht man in der betrieblichen Übung eine stillschweigende Willenserklärung des Arbeitgebers, so läßt sich damit auch die Geltung der Übung gegenüber

---

41) Reuss in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 47; Hilger, Ruhegeld, 57, 58; Rothe BlStSozArbR 54/347 Note 5; Weichner, 37. Rothe und Weichner sind jedoch der Ansicht, daß die Deutung der betrieblichen Übung als eine Willenserklärung eigentlich zur Anfechtung führen müsse. Für eine Anfechtung zögernd Molitor B 50/315.

42) RGZ 134/195, 197.

43) Vgl. hierzu die Kritik bei Flume, 177, 178 und bei Staudinger-Coing Vorbemerkung Rdnr. 3 e (zu 6 d) zu § 116 BGB. Ein unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum liegt etwa vor, wenn jemand eine Sache verkauft und dabei annimmt, er hafte nicht für Sachmängel. Vgl. als Beispiel RGZ 88/278, 282, 284.

44) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 167 IV, 5· Erman § 119 Anm. 7; Lehmann, Allgemeiner Teil, 246· Manigk, Irrtum,99; Krüger-Nieland RGRK § 119 Anm. 33 ff; Staudinger-Coing § 119 Rdnr. 44 ff; von Thur II, 1 S.574. Anderer Ansicht noch Titze, 450; Danz, Iherings Jahrbücher 46/444.

Neueintretenden nicht erfassen. In einer wiederholten Gratifikationszahlung an die Arbeitnehmer könnte höchstens eine Erklärung an die Betriebsangehörigen [45], nicht aber auch an alle Arbeitnehmer liegen, die später - etwa während des laufenden Jahres - in den Betrieb eintreten.

§ 9 EINFLUSS DER BETRIEBLICHEN ÜBUNG AUF AUSLEGUNG UND ERGÄNZUNG DES VERTRAGES

Läßt sich die betriebliche Übung selbst nicht als Willenserklärung des Arbeitgebers auffassen, so bleibt die Frage, ob die Willenserklärungen des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer beim Abschluß des Arbeitsvertrages eine Regelung über die Verbindlichkeit der betrieblichen Übung enthalten. [1] Die Frage nach der Geltung der betrieblichen Übung mündet damit in die Frage, was die Parteien bei Vertragsschluß erklärten, und wie weit eventuell auftretende, vertragliche Lücken kraft ergänzender Auslegung oder gesetzlicher Normierung geschlossen werden können. [2]

---

45) Gegenüber den Neueintretenden ist die Konstruktion der h.L. meist nicht klar herausgearbeitet. Man begnügt sich mit dem Ergebnis, auch die Neueintretenden könnten die üblichen Leistungen verlangen und die Bindung des Arbeitgebers entstünde auch ihnen gegenüber (z.B. Klein, 39; Köst, 24; Monjau B 56/1156, 1157). Würde man die Konstruktion der h.L. auch gegenüber Neueintretenden verwenden, so müßte man in der Übung ein Angebot an die Neueintretenden sehen, das diese dann bei ihrem Eintritt annehmen. Diese Ansicht ist gekünstelt und würde bedeuten, daß der Arbeitnehmer beim Eintritt in den Betrieb zwei Verträge abschließt: den Arbeitsvertrag und den Vertrag über die zukünftige Gewährung von Gratifikationen. Naheliegender erscheint es demgegenüber, daß bereits der Abschluß des Arbeitsvertrages eine Regelung darüber herbeiführt, ob der Neueintretende an einer bestehenden Übung teilhat. Vgl. dazu Hueck-Nipperdey I, 136 und im einzelnen unten S. 72 ff.

1) Daß die betriebliche Übung auch zur Vertragsauslegung und -ergänzung herangezogen werden kann, betonen: Frey AuR 60/302, 305; Feichtinger, 42 ff.; Hueck-Nipperdey I, 138; derselbe Lehmann-Festschrift, 642; Götz Hueck, AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II 2 a; Nikisch I, 266; Siebert BB 55 869, 870; Sieg RdA 55/441, 442; ähnlich Denecke Anm. zu AP 54 Nr. 67 (225).

2) Im Rahmen dieser Untersuchung können nur die grundsätzlichen Möglichkeiten angedeutet werden. Eine umfassende Darstellung müßte Gegenstand einer selbständigen Untersuchung sein.

I. VERTRAGSAUSLEGUNG

Es ist Aufgabe der Vertragsauslegung, den Sinngehalt menschlicher Äußerungen zu ermitteln.[3] Dabei ist nicht nur auf den Wortlaut einer Erklärung zu achten. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, wie sie beim Abschluß eines Arbeitsvertrages abgegeben werden, müssen nach Treu und Glauben alle Umstände berücksichtigt werden, die für den Empfänger erkennbar sind.[4] Das Angebot des Arbeitgebers, einen Arbeitsvertrag abzuschließen, wird dementsprechend so wirksam, wie es der Arbeitnehmer verstehen durfte.[5] Dabei taucht bei Arbeitsverträgen, wie bei anderen Massengeschäften,[6] eine Besonderheit auf. Man kann in der Regel nicht verlangen, der Arbeitnehmer müsse die Person des Arbeitgebers besonders würdigen. Er kann sich in verstärktem Maße auf eine typische Bedeutung der Erklärung verlassen, so daß bei solchen Willenserklärungen die objektive Auslegungsmethode nach § 157 BGB im Vordergrund steht.[7]

Will man über die betriebliche Übung Aufschluß gewinnen, indem man die Erklärung des Arbeitgebers bei Vertragsabschluß untersucht, so muß man zwei Situationen unterscheiden:

1. Der Arbeitnehmer tritt in einen Betrieb ein, in dem noch keine Übung herrscht. Der Arbeitgeber beginnt erst nach dessen Eintritt, zusätzliche Leistungen zu verteilen (Problem einer neu entstehenden Übung).

2. Der Arbeitnehmer tritt in einen Betrieb ein, in dem bereits regelmäßig Leistungen gezahlt werden (Problem der Geltung einer betrieblichen Übung gegenüber Neueintretenden).

Zu 1. Der erste Fall, in dem es um die Verbindlichkeit einer neu entstehenden Übung geht, bildet das eigentliche Kernproblem der betrieblichen Übung. Diese

---

3) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 205 S. 293; Erman § 133 Anm. 3; Larenz, Geschäftsgrundlage, 159 und Methode, 82; Raiser, Geschäftsbedingungen, 154; Oertmann, Allgemeiner Teil, 467; anders Staudinger-Coing § 133 Rdnr. 30; Soergel-Siebert § 157 Anm. 7.

4) Neben der allgemeinen Verkehrssitte sind damit besonders die Verhältnisse des Einzelfalles, die Beziehungen der Parteien zu einander, sowie die Gepflogenheiten und das Verhalten des Erklärenden in ähnlichen Fällen zu berücksichtigen.

5) Vgl. neben den erwähnten Lehrbüchern und Kommentaren Brox, 113 über die Empfängerauslegung.

6) Vgl. zum Arbeitsvertrag als Massengeschäft Sieg RdA 55/441, 442 unter II, 1, b.

7) So zutreffend Raiser, Geschäftsbedingungen, 156.

neu entstehende Verbindlichkeit läßt sich aber nicht über die Auslegung des Arbeitsvertrages lösen. [8] Hier geht es darum, daß der Arbeitgeber ohne seinen Willen an einer freiwillig eingeführten Übung festgehalten wird, und daß er von selbst geschaffenen Arbeitsbedingungen in der Zukunft nicht mehr abweichen darf. Die Vertragsauslegung könnte das nur begründen, wenn die Erklärung des Arbeitgebers beim Vertragsabschluß allgemein den Sinn hätte, er wolle alle später eingeführten betrieblichen Übungen zum Bestandteil des Arbeitsvertrages machen, so daß er sich von ihnen nicht mehr einseitig lösen könne. [9] Zu einer solchen Auslegung fehlt jeder Anhaltspunkt. [10] Zudem müßte sie gegebenenfalls dem Arbeitgeber erlauben, wegen Inhaltsirrtums anzufechten. [11] Die Rechtsfolgen einer neu entstehenden Übung lassen sich deshalb nicht mit der Auslegung des Arbeitsvertrages erklären.

Zu 2. Die Vertragsauslegung kann sich also nur darauf beschränken, die Geltung einer bestehenden Übung für Neueintretende zu erfassen. Dabei sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden:

---

8) So zutreffend LAG Bremen 18.4.51 BB 51/530, sowie Galperin-Siebert BetrVG § 1 Rdnr. 123; Richardi RdA 60/401 und ähnlich Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II 2 a, der es für fraglich hält, ob die Vertragsauslegung oder -ergänzung die Ansprüche aus einer entstehenden Übung erklären kann.

9) Man kann auch nicht sagen, der Arbeitgeber unterwerfe sich bei Vertragsabschluß allen zukünftigen von ihm selbst eingeführten Übungen und Arbeitsbedingungen, so daß er sie nicht mehr einseitig abändern könnte. Eine solche Annahme entbehrte jeder sachlichen Grundlage. Die Konstruktion einer "vorweggenommenen Unterwerfung" wurde gelegentlich herangezogen, um die vom Arbeitgeber nachträglich eingeführten Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer verbindlich zu machen. Sie paßt aber nicht für den Arbeitgeber, der die Arbeitsbedingungen selbst gestaltet.

10) Die nachträgliche Übung kann auch nicht auf den Vertragsschluß zurückwirken. Da die Übung bei Vertragsschluß nicht gegenwärtig ist, läßt sie die Vertragsauslegung unberührt. Ebenso kann auch eine Verkehrssitte zur Auslegung nur herangezogen werden, wenn sie zur Zeit des Vertragsschlusses schon bestand. Vgl. z.B. Schlegelberger HGB § 346 Rdnr. 6 und Palandt § 157 Anm. 3.

11) Der Arbeitgeber wäre sich einer solch weitgehenden Bedeutung seiner Erklärung regelmäßig nicht bewußt und befände sich damit in einem Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB. Die h.L. versagt es aber dem Arbeitgeber, im Wege der Anfechtung die aus der betrieblichen Übung entstandene Bindung nachträglich zu beseitigen. Darauf wurde schon hingewiesen. Vgl. im einzelnen oben S. 67.

a) Entspricht der Inhalt der betrieblichen Übung einer allgemeinen Verkehrssitte, [12] so sind schon nach § 157 BGB die üblichen Leistungen vereinbart. Die betriebliche Übung ist aber - wie allgemein anerkannt - [13] nicht mit der Verkehrssitte gleichzusetzen. Da sie sich auf einen einzelnen Betrieb beschränkt, fehlt ihr die allgemeine Verbreitung im Verkehr. [14] Mit dem Hinweis auf die Verkehrssitte lassen sich deshalb nur Sonderfälle lösen. [15]

b) Ist die betriebliche Übung - wie im Regelfall - nicht zugleich allgemeine Verkehrssitte, so gewinnt sie doch entscheidenden Einfluß auf die Auslegung [16] der Arbeitgebererklärung. [17] Führt nämlich der Arbeitgeber in seinem Betrieb eine Übung ein, teilt er also nach generellen Regeln Leistungen aus, so zeigt er, daß er im Regelfall nicht auf persönliche Eigenschaften und Leistungen abheben möchte, sondern daß er einheitliche, kollektive Bedingungen schaffen will. Erklärt nun der Arbeitgeber bei Vertragsabschluß nicht eindeutig, er wolle gerade diesen Arbeitnehmer anders behandeln, so ist seine Erklärung entsprechend seinem seitherigen und gegenwärtigen Verhalten auszulegen. Sie gewinnt damit den Sinn, er wolle auch den Neueintretenden wie alle anderen Betriebsangehörigen unter den üblichen Bedingungen an der betrieblichen Übung teilhaben las-

---

12) Wie etwa im Bankgewerbe, wo allgemein ein 13. oder 14. Monatsgehalt gezahlt wird.

13) Vgl. etwa Hueck, Lehmann-Festschrift, 642; derselbe in Hueck-Nipperdey I, 138; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II 2 a; Galperin-Siebert BetrVG § 1 Rdnr. 123; Siebert BB 55/869, 870.
Anderer Ansicht Denecke AP 54 Nr. 67 S. 225, die betriebliche Übung stelle entweder eine Verkehrssitte oder Gewohnheitsrecht dar. Und nach Baum, 53 sollen überhaupt nur dann Ansprüche entstehen, wenn die Leistungen verkehrsüblich sind.

14) Die Verkehrssitte ist die tatsächliche Übung im Verkehr innerhalb der beteiligten Kreise. So Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 206 III 1; Lehmann, Allgemeiner Teil, 24; Erman § 157 Anm. 2; Palandt § 157 Anm. 3; Schlegelberger-Vogels § 157 I 3 b Rdnr. 5; Soergel-Siebert § 157 Anm. 25; Staudinger-Coing § 133 Rdnr. 11; Warneyer § 157 Anm. III.

15) Ein solcher Gratifikations- oder Ruhegeldanspruch beruht dann nicht mehr auf betrieblicher Übung, sondern ist Folge der allgemeinen Verkehrssitte. So zutreffend Feichtinger, 43 Note 4.

16) Die betriebliche Übung bildet auch den Hintergrund für Erklärungen des Arbeitgebers, wenn der Erklärungsempfänger nicht dem Betrieb angehört, sondern erst in ihn eintreten will.

17) Man braucht deshalb nicht von innerbetrieblicher Verkehrssitte zu sprechen. So Feichtinger, 45 und ähnlich Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, 90.

sen.[18][19][20]

Das Angebot des Arbeitgebers, das den Arbeitnehmer an der ihm günstigen betrieblichen Übung teilhaben läßt, nimmt der Arbeitnehmer durch den Abschluß des Arbeitsvertrages an.[21] Hat also die betriebliche Übung zu Ansprüchen der Arbeitnehmer auf zusätzliche Leistungen geführt, so erhält auch der Neueintretende die

---

18) Dies entspricht im Ergebnis der h. L., die ihre Konstruktion gegenüber den Neueintretenden nicht immer klar aufzeichnet. Vgl. RAG ARS 6/203, 204; 9/357; 14/89, 90; 29/209; 31/145, 146; 40/215, 219; 40/369, 374; 33/216; LAG Darmstadt ARS 24/29, 30; LAG Magdeburg 27/75, 76; LAG Bremen 18.4.51 BB 51/530 = B 51/604 (mit eigener Begründung); BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 2; BAG 2.4.58 BB 58/879;
Hueck DAR 38/124, 125; derselbe Lehmann-Festschrift II, 638; derselbe Anm. zu RAG 33/172, 181; derselbe in Hueck-Nipperdey I, 136, 282; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht, B II, 1; Richardi RdA 60/401, 403. Dabei ist nicht nötig, daß der Arbeitnehmer die Gratifikation wenigstens einmal erhalten hat, wie dies in RAG ARS 6/203 und 14/89 u. a. geschah.

19) Das soll aber nicht heißen, daß der Neueintretende stets inhaltlich die gleichen Rechte aus der Übung herleiten könnte, wie langjährige Betriebsangehörige. Es ist ohne weiteres möglich, daß die üblichen Leistungen nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelt sind, oder ihre Auszahlung von einer Wartezeit abhängt. Geht in einem solchen Fall der Neueintretende leer aus, so beruht dies allein darauf, daß er die inhaltlichen Voraussetzungen der betrieblichen Übung nicht erfüllt.

20) Die Bindung des Arbeitgebers gegenüber den Neueintretenden beruht nicht schon auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Zwar kann der Gleichbehandlungsgrundsatz auch Auslegungsfunktion entfalten (Hilger, Ruhegeld, 80). Aber er allein kann die erwünschten Rechtsfolgen noch nicht stützen. Der Gleichbehandlungssatz soll nicht schlechthin gleiche Rechte schaffen, er besagt nur, der Arbeitgeber dürfe seine Arbeitnehmer nicht willkürlich unterschiedlich behandeln. Er erlaubt aber, Neueintretende von einem Stichtag an anders zu behandeln, als die seitherigen Arbeitnehmer. Der Gleichbehandlungssatz schützt also den Arbeitnehmer nicht davor, daß ihm der Arbeitgeber nach seinem Eintritt in den Betrieb eröffnet, er werde ihm die üblichen Leistungen nicht gewähren.

21) Daß der Arbeitnehmer den Willen hat, ein solches Angebot anzunehmen, wird mit Recht von der h. L. bejaht. Dies entspricht einer natürlichen Betrachtung, zumal es heute weit verbreitet ist, in Betrieben nach generellen Regeln Leistungen zu gewähren. Der Arbeitnehmer wird also zumindest mit der allgemeinen Möglichkeit rechnen, daß auch er an der Verteilung von Gratifikationen und Tantiemen etc. teilnehmen werde. So zutreffend Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht B II 1.

entsprechenden Rechte. Leistete der Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit, so muß sich ihn auch der Neueintretende entgegenhalten lassen.

Der Arbeitgeber kann diese Erklärung nicht mit der Begründung anfechten, er habe nicht gewußt, daß aus der Übung Ansprüche gegen ihn entstanden seien. Der Arbeitgeber hat nur erklärt, er wolle den Neueintretenden wie alle anderen Arbeitnehmer unter den üblichen Bedingungen an der Übung teilhaben lassen. [22] Will der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht ausnahmsweise anders behandeln, so liegt kein Irrtum vor. Es decken sich Wille und Erklärung und für eine Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB bleibt kein Raum. [23]

II. VERTRAGSERGÄNZUNG

Zur Erklärung der betrieblichen Übung wird ferner auf die Vertragsergänzung verwiesen. [1] Vertragsergänzung ist Lückenfüllung. [2] Sie setzt voraus, daß die Vertragsauslegung im engen Sinn ergibt, die Parteien hätten sich über einen bestimmten Punkt, etwa über die Zahlung von Gratifikationen und Ruhegeldern nicht ge-

---

22) Dadurch werden die üblichen Bedingungen Vertragsinhalt, ohne Rücksicht darauf, wie sie sich im einzelnen gestalten.
Es gilt hier nichts anderes, als wenn sich die Vertragsparteien einer örtlichen Verkehrssitte - etwa der Verkehrssitte des Ortes, an dem ein Börsengeschäft abgeschlossen werden soll - unterwerfen, wie immer diese auch lauten mag; oder wenn jemand in bewußter Unkenntnis des Inhalts eine Urkunde unterzeichnet. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 206 III, 2. In allen Fällen decken sich Wille und Erklärung auch dann, wenn sich der Erklärende den Inhalt der Verkehrssitte oder der Urkunde anders vorgestellt hat.

23) Zulässig ist jedoch eine Anfechtung, wenn der Arbeitgeber gerade diesen Neueintretenden anders behandeln wollte und über die Bedeutung seiner Erklärung irrte. Kann er dies beweisen (vgl. zur Beweislast Staudinger-Coing Rdnr. 63 zu § 119 BGB und grundlegend Rosenberg, Beweislast, 101, 122), so besteht kein Anlaß, eine solche Anfechtung auszuschließen. Nur der Irrtum des Arbeitgebers über die verpflichtende Wirkung üblicher Leistungen soll ausgeschaltet werden.

1) Hueck, Lehmann-Festschrift, 642 unter 3.; derselbe Hueck-Nipperdey I, 139; Nikisch I, 266; Herschel SozPrax 41 Sp. 49, 52.

2) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 205 II 2.; Brox, Irrtum, 117; Erman § 133 Anm. 2; Heck, Schuldrecht § 4, 3; Godin RGRK HGB Anm. 2 II S. 29; Larenz, Lehrbuch I, 83, 84; derselbe, Geschäftsgrundlage, 160; derselbe, Methode, 92 ff; Lehmann, Allgemeiner Teil, 203; Schlegelberger-Vogels § 157 Rdnr. 7; Staudinger-Coing, § 133 Rdnr. 37; Soergel-Siebert § 157 Rdnr. 73 ff.

einigt [3]. Soweit ein legitimes Bedürfnis besteht, kann § 157 BGB dazu berechtigen, den Vertrag im vorgegebenen Rahmen [4] zu ergänzen. Man forscht nach dem hypothetischen Parteiwillen [5] und sucht zu ergründen, was die Parteien erklärt hätten, wenn sie an den strittigen Punkt gedacht hätten. Die Ergänzung ist nur insoweit zulässig, als sich im Vertrag selbst Anhaltspunkte für die Ergänzung finden. [6]

1. In der Literatur vertritt Sieg, [7] die betriebliche Übung könne über eine ergänzende Vertragsauslegung zum Inhalt der Arbeitsverträge gemacht werden. Dies zeige ein Vergleich zwischen der betrieblichen Übung und den allgemeinen Versicherungsbedingungen im Versicherungsrecht:

Nach Sieg [8] sind allgemeine Versicherungsbedingungen und betriebliche Übung beide dazu berufen, massenhaft auftretende Rechtsverhältnisse einheitlich auszugestalten. Auch sonst seien sie verwandt: im Verhältnis zu Dritten bedeuteten die allgemeinen Versicherungsbedingungen nichts als eine tatsächliche Übung, beobachtet im Verkehr.

Ebenso gleichen sich nach Sieg [9] Arbeitsvertrag und Versicherungsvertrag. Beide hätten Massencharakter, bei beiden spiele der Gleichbehandlungssatz eine dominierende Rolle, und beide seien auf den Schutz des schwächeren Vertragspartners

---

3) Es herrscht der Grundsatz, erst auslegen, dann ergänzen (vgl. Brox, 117), doch ist die Grenze zwischen Auslegung im engen Sinn und ergänzender Auslegung oft flüssig.

4) Larenz, Geschäftsgrundlage, 160; derselbe Methode, 93.

5) Bestritten ist, ob der hypothetische Parteiwille (Soergel-Siebert § 157 Rdnr. 88; Staudinger-Coing § 133 Rdnr. 37; Godin RGRK HGB § 346 Anm. 5 S. 32) ausschlaggebend ist, oder der Sinn und Zweck des gesamten Vertrages (Larenz, Geschäftsgrundlage, 159; Lehrbuch I, 84).
Einmal ist die Vorstellung maßgebend, man könne im Wege der Analogie zum erklärten Parteiwillen die Lücke schließen. Im anderen Fall stellt man mehr darauf ab, was redliche Parteien sinngemäß erklärt hätten.

6) Ob eine Anfechtung des ergänzenden Teiles wegen Irrtums nach § 119 BGB zulässig ist, wird bestritten. Die Frage ist deshalb wichtig, weil der Arbeitgeber ein für allemal an die Folgen der betrieblichen Übung gebunden werden soll.
In neuerer Zeit hat man sich überwiegend gegen eine Anfechtung ausgesprochen: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 205 II, 2 Note 29; Godin RGRK HGB Anm. 2 II S. 28; Larenz, Lehrbuch I, 85; Rhode, 71.

7) Sieg, Wesen und Geltung der Betriebsübung RdA 55/441 ff.

8) aaO. S. 442 1. Spalte.

9) aaO. S. 442 2. Spalte.

abgestellt [10].

Wegen dieser Übereinstimmungen will Sieg die für die Wirksamkeit der allgemeinen Versicherungsbedingungen entwickelten Grundsätze auf die betriebliche Übung übertragen: Die allgemeinen Versicherungsbedingungen wirkten nicht normativ, [11] ihre Gültigkeit ergebe sich aus ergänzender Vertragsauslegung, also aus einer analogen Anwendung der §§ 157, 242 BGB. [12] Für die hier interessierende Übung zugunsten der Arbeitnehmer bedeutet dies nach Sieg [13]

> "Umgekehrt ergibt sich aus der ergänzenden Vertragsauslegung, daß sich der Arbeitnehmer auf eine ihm günstige Übung berufen kann, auch wenn ihr Inhalt nicht im Einzelvertrag vereinbart worden ist. Der Gleichbehandlungssatz bildet auch hier ein Rechtfertigungselement. An die Stelle der Verkehrssitte (oben b) tritt aber ein anderes Element. Derjenige, der allgemeine Versicherungsbedingungen schafft (Versicherer), derjenige, der eine bestimmte Handhabung im Betrieb einführt und bis zur Bildung einer Übung fortsetzt (Arbeitgeber), muß sich nach Rechtsscheingrundsätzen so behandeln lassen, als sei deren Inhalt auch mit dem neuhinzutretenden Versicherungsnehmer oder Arbeitnehmer vereinbart worden."

---

10) Weitere Parallelen sieht Sieg bei der Veräußerung des Unternehmens (§ 14 VAG), beim Wahlrecht des Arbeitnehmers, ob er sich auf Gesetz oder Vertragsordnung berufen wolle, bei der Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg, sowie bei der ausgeprägten Anerkennung des Treuegedankens.

11) Dies ist heute allgemein anerkannt. Vgl. etwa Bruck-Möller, Kommentar, Einleitung Anm. 21; von Brunn, 80 ff; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 163 IV 1 (1007); Flume, 168; Grossmann-Doerth, 5; Lehmann, Allgemeiner Teil, 26; Krause BB 55/265; Raiser, Geschäftsbedingungen, 76, 153; Schlegelberger-Hildebrandt, § 346 Rdnr. 30 (zögernd).
Wenn auch über die Konstruktionen im einzelnen Streit herrscht (vgl. etwa Raiser aaO. 84 ff; Flume, 168; Krause BB 55/ 265, 267), so besteht doch Einigkeit über das Ergebnis. Dies sei insbesondere gegen Brecht BB 51/965, 966 und LAG Bremen 18.1.51 BB 51.530 gesagt, die eine normative Geltung der betrieblichen Übung unter Berufung auf die gleiche Regelung bei den allgemeinen Geschäftsbedingungen rechtfertigen wollen.
Auch der BGH hat stets eine Unterwerfung der Parteien gefordert (vgl. BGHZ 12/136, 142), was nur als eine vertragliche Vereinbarung gewertet werden kann. Vgl. hiezu Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats BB 55/265.

12) aaO. S. 442 2. Spalte und 443 1. Spalte.

13) aaO. S. 443 1. Spalte, unter c.

2. Auch im Bereich der Vertragsergänzung muß man zwei Situationen unterscheiden.

a) Die Verpflichtung des Arbeitgebers aus einer neu entstehenden Übung läßt sich mit der Vertragsergänzung nicht begründen. Besteht nämlich zur Zeit des Vertragsschlusses keine betriebliche Übung, werden also keine Gratifikationen oder Ruhegelder bezahlt, so läßt der Arbeitsvertrag in diesem Zeitpunkt nur eine Deutung zu, daß nämlich Ansprüche auf solche Leistungen nicht bestehen sollen. [14] Damit besteht keine Vertragslücke, die man ergänzen könnte. Der anfänglich lückenlose Vertrag wird auch nicht dadurch nachträglich lückenhaft, daß sich der Arbeitgeber später entschließt, über den Pflichtgehalt hinaus freiwillig etwas zu leisten. [15]

Auch der Vergleich der Übung mit allgemeinen Versicherungsbedingungen führt nicht weiter. [16] Die Versicherungsbedingungen bestehen nämlich immer bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Problematisch ist dann nur, daß neue Verträge entsprechend dieser seitherigen Ordnung geschlossen werden. Bei der neu entstehenden betrieblichen Übung ist es anders. Hier existiert zum Zeitpunkt, da die Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber den Arbeitsvertrag schließen, gerade noch keine allgemeine Üblichkeit oder tatsächliche Ordnung. Hier geht es nur darum, daß der Arbeitgeber, der nach Vertragsschluß aus freiem Entschluß eine Zusatzregelung schafft, auch in Zukunft nach ihr verfahren muß. Im Versicherungsrecht fehlt dazu die Parallele. So bleibt das Kernproblem der betrieblichen Übung un-

---

14) Deshalb können auch vor der Einführung einer Übung sicherlich keine derartigen Leistungen gefordert werden.

15) Glaubt man aber trotzdem, der Vertrag sei deshalb lückenhaft geworden, weil die Parteien keine Regelung für den Fall getroffen haben, daß sie selbst eine betriebliche Übung einführen würden, so scheint auch die Konstruktion der Vertragsergänzung nicht weiter zu führen:
1. Hebt man bei der Ergänzung auf den hypothetischen Parteiwillen ab (vgl. oben Note 5), so werden sich im Vertrag keine Anhaltspunkte finden lassen, daß der Arbeitgeber die Übung hätte verbindlich machen wollen, wenn er daran gedacht hätte.
2. Legt man dagegen auf Sinn und Zweck des Vertrages Wert, so müßte man sagen, die Parteien hätten redlicherweise die Verbindlichkeit der Übung vereinbaren müssen, wenn sie an diese Situation gedacht hätten. Dies ist zweifelhaft. Außerdem ist die betriebliche Übung ein differenziertes Institut, wie die Rechtsprechung zur Ausübung des Vorbehalts bei Gratifikationen und Ruhegeldern zeigt. Alle diese Besonderheiten müßte man als redlicherweise vereinbart ansehen. Damit dürfte der Bogen für Vertragsergänzung überspannt sein.

16) Ähnlich Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I, Übersicht A II 2 a; Richardi, RdA 60/401.

gelöst.[17]

b) Soweit es um die Geltung der Übung für Neueintretende geht, dürfte - wie oben angezeigt -[18] bereits die Vertragsauslegung zum Ziele führen. Damit bleibt für die Ergänzung kein Raum.[19] Soweit es um eine den Arbeitnehmern günstige Übung geht - und nur sie interessiert hier -, scheint auch der Vergleich mit den allgemeinen Versicherungsbedingungen das Problem nur zu komplizieren. Im Versicherungsrecht soll der Kunde an bestimmte, von einem andern, nämlich dem Unternehmer aufgestellte Richtlinien und Bedingungen gebunden werden. Im Arbeitsrecht dagegen geht es um die Bindung dessen, der die tatsächliche Ordnung selbst eingeführt hat und sie gegenwärtig allen Betriebsangehörigen gegenüber praktiziert. Hier bietet sich zwanglos die Vertragsauslegung[20] an.

III. § 612 BGB

Schließlich ist zu prüfen, ob die betriebliche Übung aus § 612 Abs. 2 BGB gelöst werden kann, dessen Aufgabe es ist, vertragliche Lücken über die Höhe der Vergütung zu schließen.[1] Dabei bedeutet Vergütung nicht nur Arbeitsentgelt im en-

17) In der Literatur wird gegen Sieg eingewendet (Hueck-Nipperdey I, 139 Note 25), die schriftlichen Geschäftsbedingungen könnten nicht ohne weiteres mit den ungeschriebenen betrieblichen Bräuchen gleichgesetzt werden. Hueck bemerkt ferner, der Unterschied bestehe auch darin, daß es im Versicherungsrecht Verkehrssitte sei, allgemeine Versicherungsbedingungen anzuwenden. Das gleiche lasse sich aber im Arbeitsrecht von betrieblichen Übungen nicht sagen. Hueck trifft damit aber nur die Fälle, in denen Sieg selbst die Geltung der betrieblichen Übung auf die Verkehrssitte stützt. Die Begründung mit dem Rechtsschein läßt sich so nicht ausräumen.

18) Vgl. oben S. 72 f.

19) Nur wo die Auslegung ergibt, daß eine Vertragslücke besteht, ist der Weg für eine Vertragsergänzung frei. Die Grenze zwischen Auslegung und Ergänzung kann freilich flüssig sein.

20) Die Begründung mit dem Rechtsschein ist zudem bedenklich. Nach Sieg soll nämlich in der tatsächlichen echten Willenserklärung zugleich der Schein liegen, es werde mehr erklärt. Der Rechtsschein in seiner bisherigen Form hat nur dazu geführt, in besonderen Fällen an ein Verhalten Rechtsfolgen zu knüpfen, nicht aber den Sinn einer wirklichen Willenserklärung zu erweitern oder umzugestalten.
Zum Rechtsschein als Grundlage der betrieblichen Übung vgl. im einzelnen unten S. 107.

1) Das ist h.L. Vgl. statt aller Esser, Schuldrecht, 583, 3. und Gumpert, Tarifaußenseiter und Tarifausschlußklauseln, BB 60/100, 101.
Vgl. auch die Parallelbestimmungen in §§ 632 Abs. 2, 653 Abs. 2, 689 BGB und § 59 HGB.

gen Sinne; unter § 612 Abs. 2 BGB können auch zusätzliche Vergütungen wie Gratifikationen, Tantiemen, Ruhegelder etc fallen.[2] Soweit in der Literatur auf einen Zusammenhang zwischen betrieblicher Übung und § 612 Abs. 2 BGB eingegangen wird, soll die Übung nur zur Auslegung dessen dienen, was "übliche Vergütung"[3] bedeutet.[4] Voraussetzung für § 612 Abs. 2 BGB ist, daß die Auslegung eine Lücke im Arbeitsvertrag über die Höhe der Vergütung ergibt. Dabei muß man unterscheiden:

1. Besteht zur Zeit des Vertragsschlusses keine Übung, werden also keine Gratifikationen etc gezahlt, so bedeutet der Vertrag, daß der Arbeitnehmer keine solchen Leistungen verlangen[5] kann. Damit besteht zunächst keine Vertragslücke und § 612 Abs. 2 BGB ist unanwendbar. Der anfänglich lückenlose Vertrag wird auch nicht nachträglich dadurch lückenhaft,[6] daß der Arbeitgeber von sich aus ein übriges tut. Die Entstehung einer betrieblichen Übung läßt sich also über § 612 BGB nicht lösen.[7]

2. Besteht zur Zeit des Vertragsschlusses eine betriebliche Übung, so wurde schon oben[8] im Einklang mit der h.L. dargelegt, daß die Auslegung ergibt, daß der Neueintretende an der Übung unter den allgemeinen Bedingungen teil hat. Folgt man dieser Auffassung, so ist ein Rückgriff auf § 612 BGB unzulässig.[9] Hält man dagegen den Arbeitsvertrag hinsichtlich der zusätzlichen Leistungen für lückenhaft, so ergibt sich folgendes Bild:

---

2) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 145 I 3b: Jede andere Geldleistung, z.B. die Gelegenheit, Trinkgelder zu empfangen. Achilles-Greif § 612 Anm. 1 u. 4 c, Molitor, 81; Planck-Siber, § 612 Anm. 2 b (Ruhegeld).

3) Üblich ist eine Vergütung, die gleichartig oder ähnlich Beschäftigte am Ort der Dienstleistung erhalten, so Hueck-Nipperdey I, 244, 389; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 612 Rdnr. 30; Erman, § 612 Anm. 4 c; Nikisch I, 266; Vielhaber, Wirkung von Tarifverträgen auf Arbeitsverträge zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, BB 50/170, 171. Vgl. ferner zum Begriff der Üblichkeit Schulzenstein, Üblich und BGB JW 22/758 f.

4) Nikisch I, 266. Damit sagt er aber nicht mehr, als bereits im Gesetz steht.

5) Vgl. oben S. 77.

6) Vgl. oben S. 77.

7) Zudem verweist § 612 BGB auf die zur Zeit des Vertragsschlusses übliche Vergütung. Zur Zeit des Vertragsabschlusses bestand aber gerade keine Übung, Gratifikationen oder Ruhegelder zu zahlen.

8) Siehe oben S. 71 f.

9) In diesem Fall besteht keine Vertragslücke, die geschlossen werden müßte.

a) Besteht die Lücke nur hinsichtlich der Höhe der Vergütung, soll aber der Neueintretende grundsätzlich eine Gratifikation, Tantieme etc erhalten, so wäre § 612 Abs. 2 BGB unmittelbar anwendbar;[10] die übliche Höhe gälte als vereinbart.

b) Fehlt jedoch - wie unterstellt werden soll - eine Vereinbarung darüber, ob überhaupt zusätzliche Leistungen gewährt werden sollen, so kann der Arbeitnehmer nicht auf § 612 Abs. 2 BGB pochen, da dieser einen Anspruch dem Grunde nach voraussetzt.[11] Die fehlende Vereinbarung über zusätzliche Leistungen kann auch nicht aus § 612 Abs. 1 BGB entnommen werden. Nach Abs. 1 muß die Arbeitsleistung den Umständen nach gegen eine Vergütung zu erwarten sein. Man müßte also zum Ergebnis kommen, die Arbeitsleistungen der Neueintretenden seien nur gegen Grundlohn, Gratifikationen, Tantiemen oder Ruhegelder zu erwarten. Dies läßt sich schwerlich in dieser allgemeinen Form sagen.[12][13]

---

10) Denecke RGRK § 612 BGB Anm. 4, Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 145 I 3 e; Planck-Siber § 612 Anm. 3; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 612 BGB Rdnr. 24; RG JW 21/339 Nr. 10; ähnlich JW 21/106 für die Anwendbarkeit von § 59 HGB.

11) Diese Voraussetzung wird im allgemeinen streng gehandhabt. Denecke RGRK BGB § 612 Anm. 1 und 4; Hueck-Nipperdey I, 389; Gumpert, Tarifaußenseiter und Tarifausschlußklauseln BB 60/100, 101; Palandt § 612 BGB Anm. 2; Vielhaber BB 50/170, 171. Die Frage wurde bei Zahlung von Tariflohn an Außenseiter akut.

12) Die praktische Unzulänglichkeit einer auf § 612 BGB gestützten Lösung zeigt sich darin, daß man die Zulässigkeit des V o r b e h a l t s und seine verschiedene Bedeutung bei Gratifikationen und Ruhegeldern nicht erklären könnte; denn § 612 Abs. 2 BGB erhebt die tatsächlich gemachten Leistungen zum Vertragsinhalt, ohne Rücksicht auf den einseitigen Willen des Arbeitgebers. (So deutlich Vielhaber BB 50/170, 171). Tritt also ein Arbeitnehmer in einen Betrieb ein, in dem Gratifikationen unter Vorbehalt bezahlt werden, so wäre nach § 612 Abs. 2 BGB - seine Anwendbarkeit unterstellt - der Vorbehalt dem Neueintretenden gegenüber, der ihn nicht kannte, auch nicht wirksam.

13) Zu dem Ergebnis könnte man m. E. nur kommen, wenn der Inhalt der betrieblichen Übung gleichzeitig allgemeine Verkehrssitte wäre.

KAPITEL 3
BETRIEBLICHE ÜBUNG UND SELBSTBINDUNG DES ARBEITGEBERS

§ 10 DIE FREIWILLIGE SELBSTBINDUNG

Die Kritik an der vertraglichen Lösung hat besonders in neuerer Zeit zu Untersuchungen geführt, ob sich nicht statt der vertraglichen eine einseitige Bindung des Arbeitgebers an seine Erklärungen und an sein Verhalten erweisen lasse. [1] Der Nachweis einer einseitigen Bindung des Arbeitgebers soll die Annahme durch die Arbeitnehmer überflüssig machen, die Geltung der Übung für Neueintretende einheitlich lösen, und den Blick für die kollektiven Elemente der Übung frei machen. [2]

I. BETRIEBLICHE ÜBUNG ALS STILLSCHWEIGENDE GESAMTZUSAGE (Hilger)

Um die einseitige Bindung des Arbeitgebers bei zusätzlichen Leistungen zu erklären, unterscheidet Hilger [3] zwischen individuellem und kollektivem Handeln des Arbeitgebers. Solange sich der Arbeitgeber wegen besonderer Umstände oder Eigenschaften an einzelne wende, könne eine Bindung aus seinem Verhalten oder seinen Erklärungen nur auf vertraglicher Grundlage entstehen. [4] Anders sei es, wenn er kollektiv vorgehe. [5]

1. Kündigt der Arbeitgeber ausdrücklich an, er werde Gratifikationen, Lohnzulagen oder Ruhegelder zu gewähren, so handelt es sich nach Hilger nicht um ein Bündel einzelvertraglicher Angebote, sondern um eine kollektive Willenserklärung des Arbeitgebers, um eine sogenannte Gesamtzusage. [6] Wesensmerkmal der Gesamtzusage soll sein, daß sie sich als Willenserklärung nicht an den einzelnen

---

1) Vgl. die Ansichten von Hilger, Böttcher, Zeuner, Nikisch, die anschließend erörtert werden.

2) Auf der anderen Seite sollen die Vorteile der vertraglichen Lösung bewahrt werden, da man meist an den Verpflichtungswillen des Arbeitgebers anknüpft.

3) Hilger, Das betriebliche Ruhegeld, 51.

4) aaO., 51, ebenso Böttcher RdA 53/161, 163. Zum Unterschied zwischen kollektivem und individuellem Handeln vgl. auch oben S. 4.

5) aaO. 52 ff und die Zusammenfassung S. 74, 75.

6) aaO., 51 und die Definition S. 52: "Unter Gesamtzusage soll eine vom Arbeitgeber einseitig abgegebene Erklärung verstanden werden, in der dieser sich der Belegschaft oder einer Gruppe innerhalb der Belegschaft gegenüber verpflichtet, bestimmte Leistungen zu gewähren."

als Individuum, sondern an die Belegschaft als Ganzes oder doch an eine nach sachlichen Merkmalen umschriebene Gruppe richtet. [7] Entsprechend ihrem kollektiven Charakter brauche sie nicht jedem einzelnen zuzugehen. [8] Der Arbeitgeber werde auch ohne Annahme durch die Adressaten einseitig an sie gebunden. Die Möglichkeit einseitiger Bindungen sucht Hilger vom Schuldrecht ausgehend zu lösen. Sie sieht in der Gesamtzusage ein einseitiges schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, [9] ähnlich der Auslobung nach § 657 BGB. [10] § 305 BGB könne gegen eine einseitige kollektive Verpflichtungserklärung nicht ins Feld geführt werden, da derartige Tatbestände dem Gesetzgeber von 1900 unbekannt gewesen seien. [11] Im übrigen zeige gerade § 305 in Verbindung mit § 657 BGB, daß einseitige Verpflichtungserklärungen dem geltenden Recht vertraut seien. So stehe nichts entgegen, das Recht im genannten Sinne fortzubilden.

Der Arbeitgeber kann nach Hilger Gesamtzusagen ausdrücklich und stillschweigend erteilen. Damit sei auch der Schlüssel zur betrieblichen Übung gefunden. Ihre Verbindlichkeit beruhe darauf, daß sie als stillschweigende Form einer solchen Gesamtzusage aufzufassen sei. [12] Auch hier wende sich der Arbeitgeber nicht an den einzelnen Arbeitnehmer, sondern an jeden, auf den der Tatbestand einmal zutreffen soll, an die Gruppe. [13]

Nach Hilger soll es jedoch unerheblich sein, ob der Arbeitgeber bei der betrieblichen Übung die Vorstellung hatte, man werde seinem Verhalten Bedeutung für die Zukunft beimessen. [14]

---

7) aaO., 52, 53 unter 3 b. Daraus erkläre sich auch die Auswechselbarkeit innerhalb der Gruppe.

8) aaO., 60.

9) aaO., 68.

10) aaO., 69. Auf die Ähnlichkeit einer einseitigen Arbeitgebererklärung mit der Auslobung weist auch Sieg RdA 53/441 (443) hin.

11) Eine Gesamtzusage könne deshalb auch kaum positivrechtlich geregelt sein.

12) aaO., 56.

13) aaO., 55 unter c "Indem der Arbeitgeber eine Vielzahl gleichartiger Sachverhalte regelmäßig in der gleichen Weise behandelt, gibt er zu erkennen, daß ein solcher Sachverhalt in seinem Betrieb schlechthin in dieser Weise behandelt werden soll." Die rechtliche Bedeutung der Übung erschöpft sich also nach Hilger in ihrem Erklärungswert (S. 56).

14) Er müsse "sein Verhalten und die darin liegende Willensäußerung so gegen sich gelten lassen, wie diese nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und auf die besondere Verantwortung des Betriebsinhabers verständigerweise von der Belegschaft aufgefaßt werden durften." (aaO. 57, 58). Anders soll es unter Berufung auf RAG ARS 40, 215 und BAG 2.4.58 BB 58/879

2. Die Lösung Hilgers macht die Annahmeerklärung der Arbeitnehmer überflüssig [15] und kann die Geltung der Übung gegenüber Neueintretenden mühelos lösen. Es stehen ihr aber theoretische und praktische Bedenken gegenüber. Die betriebliche Übung kann nur dann schlüssige Form einer Gesamtzusage sein, wenn einseitige Verpflichtungserklärungen nach geltendem Recht zulässig sind. Dies wird von der h.L. im Hinblick auf § 305 BGB verneint. [16] Nach dem dort verankerten Grundsatz sind die einseitigen Verpflichtungsgeschäfte etwa in § 80 BGB (Stiftung) und § 657 BGB (Auslobung) als Ausnahme anzusehen, die zu einem Analogieschluß unfähig sind. [17] Gegen Hilger wird deshalb vor allem eingewendet, einseitige Bindungen seien dem geltenden Recht im allgemeinen fremd. [18] Hueck [19] fügt hinzu, die einseitig eingegangene Bindung müsse auch einseitig

---

Fortsetzung der Fußnote 14 von Seite 82:
nur sein, wenn die Arbeitnehmer gar nicht auf einen Verpflichtungswillen schließen konnten, etwa weil alle Beteiligten annehmen, die Leistungen seien in einer Rechtsnorm vorgeschrieben, oder weil die Gratifikationen bekanntermaßen Pauschalabgeltung für geleistete Sonderarbeiten waren.

15) Darin liegt das eigentliche Ziel der Lehre Hilgers und gleichzeitig der wesentliche Unterschied zur h.L.

16) Die Absicht des Gesetzgebers ist besonders deutlich in § 342 des ersten Entwurfes zum BGB zu erkennen. Dort heißt es, das einseitige, nicht angenommene Versprechen sei unverbindlich, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimme. Im zweiten Entwurf wurde § 342 BGB als selbstverständlich gestrichen. Vgl. Dernburg, Schuldverhältnisse 1. Abteilung § 79 I Note 2; Planck-Siber II 1 § 305 I.

17) Es wurde deshalb auch bisher nicht ernsthaft versucht, die gesetzlichen Ausnahmetatbestände im Wege der Analogie auszudehnen. Die Versuche, Gastwirthaftung oder culpa in contrahendo mit einseitigen Versprechen zu erklären, sind vereinzelt geblieben. Vgl. hierzu Bauer, 180 ff.

18) Für das Arbeitsrecht betonen dies Feichtinger, 37; Frey, AuR 61/110, 111; Heissmann, Ruhegeld, 50; Hueck DAR 38/124, 125; derselbe Lehmann-Festschrift II, 638; derselbe in Hueck-Nipperdey I, 135 Note 14; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II 2 c; Kunkel B 53/693; Nikisch I, 265; Richardi RdA 60/401, 402. Für eine einseitige Verpflichtungserklärung dagegen Bötticher RdA 53/161, 162 und Gros, Sitzler-Festschrift, 232.

19) Lehmann-Festschrift II, 638; sowie Hueck-Nipperdey I, 135 Note 14 und DAR 38/124, 125.
Demgegenüber verweist Hilger auf einen allgemeinen Grundsatz, der Widerruf sei nur solange möglich, bis die Erklärung rechtsgestaltend gewirkt habe. Immerhin zeigt aber das von Hilger mehrfach angeführte Beispiel der Auslobung in § 658 Abs. 1 Satz 1 BGB, daß die bloße Ankündigung an die Öffentlichkeit die einseitige Widerruflichkeit nicht beseitigt. Die Erklärung des Arbeitgebers müßte aber schon mit Zugang an die Belegschaft unwiderruflich werden.

wieder gelöst werden können. Dann wären aber die Arbeitnehmer schutzlos. Ferner bestehen trotz gewisser Ähnlichkeiten mit der Auslobung auch Unterschiede. Die Auslobung richtet sich an die breite, nicht bestimmte und nicht bestimmbare Öffentlichkeit. [20] Der Arbeitgeber wendet sich dagegen mit seinem Verhalten an die bestimmte Zahl der Arbeitnehmer, die der geschlossenen Einheit des Betriebes angehören. Für die Rechtsbeziehung zwischen bestimmten und bestimmbaren [21] Personen besteht kein Grund, von der vertraglichen Konstruktion abzugehen.

3. Es ist danach zumindest zweifelhaft, ob nach geltendem Recht eine einseitige Verpflichtungserklärung angenommen werden könnte. Auf alle Fälle kann aber die Vorstellung einer stillschweigenden Gesamtzusage die Rechtsfolgen der betrieblichen Übung genausowenig erklären, wie es die vertragliche Lösung der herrschenden Meinung vermag. Beide gehen davon aus, daß sich die betriebliche Übung als stillschweigende Willenserklärung des Arbeitgebers deuten lasse. Dies trifft jedoch nicht zu. Es wurde schon oben darauf hingewiesen [22], daß Ansprüche unabhängig davon entstehen, ob sich der Arbeitgeber verpflichten will, und ob er sich bewußt ist, daß sein übliches Verhalten als Willenserklärung gedeutet wird. Wollte man hier noch eine Willenserklärung annehmen, so müßte sie der Arbeitgeber mindestens nachträglich wegen Inhaltsirrtums nach § 119 BGB anfechten können. Bei einer kollektiven Willenserklärung könnte dies nicht anders sein. [23] Dem Arbeitgeber ist jedoch verwehrt anzufechten. Zudem kann die Verpflichtung auch gegen den erklärten Willen des Arbeitgebers entstehen. Damit ist ausgeschlos-

---

20) Vgl. insbesondere Bauer, 121.

21) Vgl. zur Problematik des Angebots ad incertam personam Staudinger-Coing Rdnr. 3 zu § 145 BGB.

22) So wurde bereits oben S. 66 gegen die Vertragslösung der h.L. angeführt, daß die Arbeitgeber regelmäßig im Bewußtsein der Freiwilligkeit gehandelt und damit keinen Verpflichtungswillen für die Zukunft gehabt hatten. Deshalb ist der Ausgangspunkt Hilgers verfehlt, wonach der Arbeitgeber in der Wiederholung seinen Willen kundgebe, in gleichen Fällen gleich zu verfahren. Bemerkenswert ist es, daß Hilger selbst häufig festgestellt hatte, aus der bloßen Wiederholung lasse sich nicht einfach auf einen bestimmten Willen schließen. Vgl. etwa BB 50/819.

23) Denn bei einer kollektiven Willenserklärung müßte das Verhältnis von ausdrücklicher und stillschweigender Erklärung im Prinzip das gleiche sein. Daß aber ausdrückliche Gesamtzusagen nicht anfechtbar sein sollten, kann nicht angenommen werden. Kündigt z.B. der Arbeitgeber am schwarzen Brett an, er werde eine Gratifikation zahlen und gibt er versehentlich die Höhe falsch an, so berechtigt dieser Irrtum zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB. Wenn aber die ausdrückliche Erklärung anfechtbar ist, muß es auch die stillschweigende sein.

sen, die Rechtsfolgen der betrieblichen Übung auf eine Willenserklärung des Arbeitgebers zurückzuführen. Dies gilt auch dann, wenn diese im Gewand einer Gesamtzusage auftritt.

Die schlüssige Gesamtzusage ist deshalb ebenso wie die vertragliche Konstruktion der h.L. keine zufriedenstellende dogmatische Grundlage der betrieblichen Übung.

II. DIE BETRIEBLICHE ÜBUNG ALS STILLSCHWEIGEND GESETZTE NORM (Bötticher)

1. In einem viel beachteten Aufsatz zur Gleichbehandlung anerkennt auch Bötticher [1] die Möglichkeit, der Arbeitgeber könne im übervertraglichen Raum [2] an einseitige Erklärungen gebunden sein.

Wenn der Arbeitgeber an seine Betriebsangehörigen Gratifikationen verteile, oder eine betriebliche Altersversorgung errichte, so stelle er damit eine Norm auf, nach der er zu verfahren gedenke.[3] Dabei mache es keinen Unterschied, ob sich die Norm aus der Satzung einer Pensionskasse oder aus einer ausdrücklichen Gratifikationsankündigung oder aus dem tatsächlichen Vollzug der Gratifikationszahlung ergebe. Wer Gleichbehandlung fordere, verlange den Vollzug dieser Norm.

Warum der Arbeitgeber an eine selbst gesetzte Norm gebunden sein soll, deutet Bötticher nur an und verweist auf die betriebliche Übung. Die Bindung an die Norm sei dort von der Judikatur klarer gesehen worden, wo es sich um die zeitliche Fortsetzung des Tuns gehandelt habe.[4] So lasse sich die Überzeugung nicht verdrängen,[5] "daß der Arbeitgeber an dem ausdrücklichen oder schlüssigen Inhalt einer der Öffentlichkeit des Betriebes gegenüber abgegebenen Erklärung im Interesse des Vertrauensschutzes der Belegschaft festgehalten werden kann."

---

1) Bötticher, Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht RdA 53/161 ff.

2) Bötticher, 162 unterscheidet ebenso wie Hilger individuelles und kollektives Handeln des Arbeitgebers. Trete er als Verteiler freiwilliger Leistungen auf, so bewege er sich nicht im Bereich vertraglicher Bindung, sondern in der übervertraglichen Ebene.

3) RdA 53/161, 2. Spalte.

4) RdA 53/163, 1. Spalte.

5) RdA 53/161, 163 Note 9, wo als übereinstimmend zitiert werden: LAG Hamburg 9.3.49 WA 49 Nr. 114 und vom 23.3.49 AP 50 Nr. 152; LAG Hamburg 14.5.49 RdA 50/113; LAG Stuttgart 29.2.52 RdA 52/200 = BB 52, 320.

2. Es soll deshalb untersucht werden, ob die Vorstellung der Normsetzung,[6] der von Böttticher behauptete Zusammenhang zwischen der Normsetzung bei betrieblicher Übung und Gleichbehandlung, sowie der Hinweis auf den Vertrauensschutz, die betriebliche Übung in einem neuen Licht erscheinen lassen.

a) Wenn Böttticher von Norm spricht, so darf man darunter nicht einen Rechtssatz mit gesetzesgleicher Wirkung verstehen.[7] Private Personen oder Verbände können Rechtsnormen nur erlassen, wenn ihnen die Befugnis dazu vom Staat verliehen ist, oder der Staat die Rechtssetzung duldet. Die Setzung objektiven Rechts für das Arbeitsverhältnis geschieht nach geltendem Recht im Wege des kollektiven Normenvertrages, für den gemäß §§ 1 Abs. 2, 6, 7 TVG und § 51 Abs. 2 BetrVG zwingende Formen vorgeschrieben sind. Ungeschriebene Normen sind also ausgeschlossen und damit ist der stillschweigenden, einseitigen Normsetzung durch den Arbeitgeber der Boden entzogen.[8] Der Begriff "Norm" ist deshalb nur vom Inhalt her zu verstehen als ein generell gefaßter Tatbestand,[9] als eine generelle Regel.[10][11]

---

6) In der Literatur hat die Ansicht Böttichers ein unterschiedliches Echo gefunden. Zustimmend: Nikisch I, 2. Auflage S. 430, er habe sich in allen wesentlichen Punkten der neuen Lehre angeschlossen (einschränkend aber B 54/1021, 1022 und Lehrbuch I, 505 ff). Ferner Gros in Sitzler-Festschrift, 227, 232; Gumpert BB 58/196; ähnlich Molitor AR-Blattei, Gleichbehandlung Anm. zu Entscheidung 9.
Ablehnend dagegen Hueck-Nipperdey I, 135 Note 14; derselbe in Lehmann-Festschrift II, 637, 638; Götz Hueck, Gleichbehandlung, 119 ff; Hilger, Ruhegeld, 67; Kunkel B 53/693; Frey AuR 61/110, 111.
In der Rechtsprechung stimmten zu: BAG 4.12.56 AP Nr. 16 zu § 3 TOA Bl. 2; Bühnenoberschiedsgericht Frankfurt 1.7.54 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Bl. 1; LAG Frankfurt 30.1.57 BB 57/331 und vom 10.10.57 BB 58/341; LAG Freiburg 1.8.55 BB 55/867.

7) Nikisch I, 505 Note 35 (der in der zweiten Auflage, 430 vorschlug, besser von Grundsätzen als von Normen zu sprechen); Hueck-Nipperdey I, 382 Note 106; Götz Hueck, Gleichbehandlung, 120; Hilger, Ruhegeld, 66.

8) Vgl. hierzu die Erörterungen und Nachweise oben S. 56, ob die betriebliche Übung als autonome Ordnung des Betriebes unmittelbar normative Kraft entfalten könne.

9) So mit Recht Hilger, Ruhegeld 66. Vgl. zum Zusammenhang zwischen Norm und genereller Regel Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, 423.

10) Dennoch scheint Böttticher die Bezeichnung Norm nicht von ungefähr gewählt zu haben. Die Begriffe Normvollzug und Normkontrolle unterstreichen das Autoritative am Vorgehen des Arbeitgebers.

11) Das Vorgehen des Arbeitgebers läßt sich tatsächlich als eine Regel auffassen.

b) Die Bindung des Arbeitgebers an die selbstgesetzte Norm soll nach Bötticher deshalb eintreten, weil der Arbeitgeber mit der Einführung der Übung schlüssig erklärt habe, daß er nach ihr zu verfahren gedenke [12]. Auch Bötticher deutet also die betriebliche Übung als stillschweigende Erklärung und versucht, ihre Rechtsgeltung auf den Willen des Arbeitgebers zurückzuführen. Dieser Verpflichtungswillen läßt sich aber nicht erweisen. Daß der Arbeitgeber seither eine Regel befolgte [13], bedeutet nicht, er wolle sich für die Zukunft binden. Die Rechtsprechung hat deshalb die Rechtsfolgen erkennbar vom Willen des Arbeitgebers losgelöst und Ansprüche aus betrieblicher Übung ohne und gegen den erklärten Willen des Arbeitgebers entstehen lassen [14]. Damit lassen sich aber - wie oben dargelegt [15]- die Ansprüche aus betrieblicher Übung nicht mit einer schlüssig geäußerten Erklärung des Arbeitgebers begründen [16].

c) Eine allgemeine Bindung des Arbeitgebers an selbstgesetzte Normen läßt sich auch nicht unter Hinweis auf die Situation bei den Gleichbehandlungsfällen belegen. Zwar muß der Arbeitgeber seine selbstgesetzten Maßstäbe gleichmäßig anwenden. Er kann also insoweit an die eigenen Normen gebunden sein [17]. Diese

---

Fortsetzung der Fußnote 11 von Seite 86:
So auch Staudinger-Weber Note ++ zu A 297). Teilt der Arbeitgeber allgemein an Weihnachten 1961 Gratifikationen aus, so schafft er eine konkret generelle Regel. Sie ist konkret, weil sie sich auf einen bestimmten Zeitpunkt und Lebenstatbestand bezieht und generell, weil sie sich nicht an den einzelnen richtet. Die Ankündigung des Arbeitgebers, er werde von jetzt ab stets Gratifikationen gewähren, mag man dagegen als generell abstrakte Regel bezeichnen. Sie bezieht sich nicht auf ein bestimmtes, konkretes Weihnachten, sondern auf alle Weihnachtsfeste jetzt und in Zukunft, also auf einen abstrakten Tatbestand.

12) Mit der betrieblichen Übung setze der Arbeitgeber eine Norm, "nach der er zu verfahren gedenkt", RdA 53/161, 162, 2. Spalte und die Bezeichnung, "schlüssiger Inhalt der Erklärung" aaO. S. 163 Note 9.

13) Bötticher will den Arbeitgeber nicht schlechthin an einmal praktizierte Grundsätze binden, sondern knüpft an den erklärten Willen des Arbeitgebers an. Darin unterscheidet er sich von Zeuner BB 57/647 ff, der die Tatsächlichkeit des Vorgehens in den Vordergrund rückt.

14) Vgl. die Rechtsprechungsübersicht oben S. 14 ff.

15) Vgl. die Kritik an der vertraglichen Lösung S. 65 ff und an der Ansicht Hilgers S. 84 ff.

16) Außerdem würde auch Böttichers Ansicht eine einseitige Verpflichtungserklärung bedeuten, die von der h.L. abgelehnt wird. Vgl. oben S. 83 Note 18.

17) Man kann hier mit Bötticher RdA 53/161, 162 von einer Normvollzugswirkung des Gleichbehandlungssatzes sprechen.

Bindung reicht aber gerade nur soweit, als es der Gleichbehandlungssatz gebietet: Der Gleichbehandlungssatz kann demnach eine begrenzte Normbindung erzeugen. Dagegen ist das Gleichbehandlungsgebot nicht umgekehrt bloß eine unselbständige Folge einer bestehenden allgemeinen Bindung des Arbeitgebers an seine eigenen Normen. Dies ergibt sich daraus, daß der Arbeitgeber auch beim Aufstellen der Norm vom Gleichbehandlungssatz kontrolliert wird [18]. Da somit die begrenzte Normbindung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz fließt, läßt sich daraus für unser Problem nichts herleiten.

d) Auf die Frage des Vertrauensschutzes wird unten ausführlich eingegangen. [19]

III. DIE BETRIEBLICHE ÜBUNG ALS STILLSCHWEIGENDE KONKRETISIERUNGSERKLÄRUNG (Siebert, Nikisch)

1. Eine zunehmend vertretene Auffassung [1] rückt die Vorgänge wieder in den Mittelpunkt, von denen die Erörterung zur betrieblichen Übung ausgegangen ist:

---

18) Vgl. hierzu die treffenden Ausführungen bei Götz Hueck, Gleichbehandlung, 124 (mit weiteren Nachweisen).

19) Vgl. unten S. 98.

1) Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 106, 107, 109; derselbe BB 55/869, 871; derselbe Freiheit und Bindung, 51; Nikisch B 54/1021; derselbe NJW 54/529, 532; derselbe Lehrbuch I, 263; Beine AR-Blattei Ruhegeld I Übersicht B I, 5.
BAG 13.10.60 B 60/1425 bezeichnet dies als h.L.; BAG 5.12.61 in Müller-Gröninger Prakt. ArbR Ruhegeld I Nr. 152 III, sowie LAG Düsseldorf 11.10.60 B 60/1367 für das Direktionsrecht.
Ansätze finden sich auch schon bei Denecke DAR 40/141, 143. Bei anderer Begründung im Ergebnis ähnlich: Zeuner BB 57/647 (vgl. unten S. 92 ff)
Ablehnend Hueck DAR 38/124, 125; derselbe Hueck-Nipperdey I, 135 Note 14; derselbe Lehmann-Festschrift II, 638; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht A II 2 c; Hilger, Ruhegeld, 62; Galperin-Siebert BetrVG, Rdnr. 125 (Teillösung).
Immerhin soll aber nach Hueck-Nipperdey I, 139 der Übung eine gewisse Bedeutung bei der Auslegung der Fürsorgepflicht innewohnen, was Nikisch I, 265 Note 41 als Widerspruch zu der von Hueck aaO., 135 vertretenen vertraglichen Lösung ansieht. Auch nach Götz Hueck, Gleichbehandlung, 123 Note 18, soll nach der vertraglichen Konstruktion "am ehesten" die Konkretisierungstheorie in Frage kommen.

die Gewährung zusätzlicher, sozialer Leistungen.[2] Die Sozialleistungen, wie Ruhegelder, Gratifikationen und Ehrengaben, seien Ausgestaltungen der allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht. Diese Fürsorgepflicht sei zwar inhaltlich zu unbestimmt, um schon allein Ansprüche auf Sozialleistungen zu begründen.[3] Anders soll es aber sein, wenn die Fürsorgepflicht in einem Betrieb inhaltlich festgelegt, d.h. "konkretisiert" worden ist.

Die Fürsorgepflicht kann nach Nikisch durch Gesetz, Tarif- und Arbeitsvertrag und durch allgemeine Rechtsüberzeugung konkretisiert werden.[4] Zur Konkretisierung reiche es aber auch aus, wenn der Arbeitgeber unmißverständlich seinen Willen zum Ausdruck bringe, bestimmte zusätzliche Leistungen nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig in Zukunft zu erbringen. Neben der einseitigen, ausdrücklichen Ankündigung des Arbeitgebers[5] sei der Schluß auf einen Verpflichtungswillen auch dann berechtigt, wenn die Gewährung der Gratifikationen oder Ruhegelder einer ständigen, inhaltlich ausreichend bestimmten Übung entspreche, und der Arbeitgeber keinen Vorbehalt gemacht habe oder das Fehlen des Verpflichtungswillens sich nicht aus den Umständen ergebe.[6] Der Unterschied zwischen einseitiger Ankündigung und betrieblicher Übung liegt nach Nikisch[7] darin, daß der Arbeitgeber seinen Willen einmal ausdrücklich, einmal stillschweigend äußere.

2. Die Lösung will hauptsächlich die Annahmeerklärungen der Arbeitnehmer entbehrlich machen,[8] um damit der kollektiven Seite der betrieblichen Übung

---

2) Die Rechtsprechung hat ihre Grundsätze zunächst an Gratifikationen und Ruhegeldern entwickelt. Vgl. etwa die früheren Entscheidungen RAG ARS 6/203 (Gratifikationen) und 18/39 (Ruhegeld). Auch heute noch sind Sozialleistungen das Hauptfeld der betrieblichen Übung.

3) H.L. Stets wird also für Rechtsansprüche auf Gratifikationen und Ruhegelder eine besondere Rechtsgrundlage gefordert. Andernfalls ware das Problem der anspruchsbegründenden Übung bei Sozialleistungen nie entstanden. So RAG ARS 33/172, Leitsatz und viele, sowie BGH 18.12.54 AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt = BB 55/166 = BGHZ 16/50 ff und BAG 24.1.56 AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1. Unklar dagegen BGH 24.2.54 BB 54/321. Hueck DAR 38/124; Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 106.

4) Nikisch I, 263 unter 2.

5) Nikisch I, 264; Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 109 ff. Ebenso im Ergebnis Denecke DAR 40/141, 143; Böttcher RdA 53 101, 102; Hilger, Ruhegeld, 52; Zeuner BB 57/647, 649.

6) Nikisch I, 263, 264.

7) Nikisch I, 264 Note 38.

8) So auch Hilger aaO. Vgl. oben S. 83.

Rechnung zu tragen. Der Ausgangspunkt der Konkretisierungstheorie ist aber aus praktischen und theoretischen Erwägungen abzulehnen.

a) Die Konkretisierungstheorie könnte von vornherein die betriebliche Übung nur teilweise lösen. Sie beschränkt sich nämlich auf das Gebiet der freiwilligen Sozialleistungen. Demgegenüber ist die anspruchsbegründende Wirkung der betrieblichen Übung auch bei Lohnzulagen,[9] also auf dem Gebiet des reinen Arbeitsentgelts anerkannt. Das Arbeitsentgelt ist aber kein Ausfluß der Fürsorgepflicht[10] des Arbeitgebers.[11]

b) Aber selbst die sogenannten Sozialleistungen brauchen nicht schlechthin aus der Fürsorgepflicht zu fließen. Ausschlaggebend ist ihr Zweck.[12] Bei den Gratifikationen ist in neuerer Zeit der Entgeltcharakter immer stärker in den Vordergrund getreten.[13] Man denke an die Fälle, in denen der Arbeitgeber mit der

---

9) Vgl. die Rechtsprechungsübersicht oben S. 6, insbesondere BAG vom 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB, Betriebliche Übung (Doppeldienstentschädigung). Dies ist auch herrschende Lehre in der Literatur. Besonders deutlich Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht C I (Gegenstand der betrieblichen Übung könne sein, was Gegenstand des Einzelvertrages sein könne). Vgl. auch Heissmann, Ruhegeld, 60 und Waechter, Die Weihnachtsgratifikation im Arbeitsrecht, MuA 50/257.

10) Selbst bei einer weiten Ausdehnung des Begriffes Fürsorgepflicht kann man das nicht behaupten. Abweichend R. Lehmann, Fürsorgepflicht, 94 gegen die h.L. (weitere Nachweise ebenda S. 92 ff). Der Lohn und auch die freiwilligen Lohnzulagen sind ihrem Zwecke nach Gegenleistung des Arbeitgebers für die erhaltene Leistung. Sie sollen der Forderung nach gerechtem Lohn für geleistete Arbeit dienen und haben mit einer personenrechtlichen Treuepflicht im Arbeitsverhältnis nichts zu tun.

11) Mit der Konkretisierungstheorie lassen sich also die Fälle des reinen Arbeitsentgelts nicht lösen. So zutreffend Hilger, Ruhegeld, 62.

12) Vgl. oben Note 10 und oben S. 3. Will der Arbeitgeber etwa Überstunden pauschal abgelten, und gewährt er deshalb Weihnachtsgratifikationen, so soll der Arbeitnehmer für seine Leistung entlohnt werden. Die fürsorglichen Elemente werden überspielt. Die Grenzlinie zwischen sozialer Leistung und Arbeitsentgelt geht also u.U. mitten durch den Begriff der Gratifikation.

13) Die Entscheidung des Arbeitgebers, Weihnachtsgratifikationen zu zahlen, wird häufig eine reine Zweckmäßigkeitsentscheidung sein. Nicht die Sorge um die Person der Arbeitnehmer dürfte den Anstoß geben, sondern der Druck der Verhältnisse; daß andere Unternehmer Gratifikationen zahlen, daß die Arbeitnehmer darauf drängen, daß die Vorenthaltung den Ruf eines unsozialen Unternehmens und andere Nachteile begründen kann, zu denen in Zeiten der Vollbeschäftigung vor allem die Abwanderung der Arbeitnehmer gehört.

Weihnachtsgratifikation eine Rückzahlungsverpflichtung für den Fall vereinbart, daß der Arbeitnehmer im folgenden Jahr ausscheidet. [14] Selbst wenn hier noch ein soziales Motiv mitschwingen sollte, so zeigt sich doch, daß die Grenze zwischen echter Sozialleistung und reinem Arbeitsentgelt so flüssig ist, daß man davon billigerweise die anspruchsbegründende Wirkung der betrieblichen Übung nicht abhängig machen kann.

c) Auch im Bereich der Sozialleistungen vermag die Konkretisierungstheorie die Rechtsfolgen der betrieblichen Übung nicht zu erklären. Zwar trifft es zu, daß die Fürsorgepflicht keinen bestimmten Inhalt hat. Die Pflicht erheischt verschiedene Maßnahmen, wenn die Arbeitnehmer im Büro oder in einer Grube arbeiten. [15] Von dieser Vorstellung aus könnte man daran denken, daß allein die Tatsache eines bestehenden Brauches den Inhalt der Fürsorgepflicht beeinflußt, etwa daß der Arbeitgeber nicht mehr ohne Grund von der seitherigen Übung abweichen darf. [16] So soll es aber nach Nikisch nicht sein. Nicht die betrieblichen Umstände konkretisieren die Pflicht, sondern die ausdrücklich oder in der Übung stillschweigend abgegebenen Erklärungen des Arbeitgebers. [17] Damit versucht Nikisch ebenso wie die h.L., Hilger und Bötticher, [18] in die betriebliche Übung eine schlüssige Erklärung - diesmal eine Konkretisierungserklärung - hineinzuinterpretieren, um daraus die Bindung des Arbeitgebers herzuleiten. Die Vorstellung einer schlüssigen Erklärung kann aber, wie schon erwähnt, [19] die dauerhafte Bindung des Arbeitgebers nicht ausreichend begründen.

d) Außerdem führt die Konkretisierungstheorie ebenso wie die Ansichten von Hilger und Bötticher [20] zu einer einseitigen Bindung des Arbeitgebers an seine Erklärung, [21] die von der h.L. [22] abgelehnt wird. Zwar soll im Gegensatz zur An-

---

14) Die Gerichte hatten sich in letzter Zeit zunehmend mit solchen Fällen zu befassen. Vgl. BAG 31.5.60 AP Nr. 15 zu § 611 Gratifikation; LAG Düsseldorf 21.8.62 B 62/1511.

15) Vgl. hierzu vor allem Nikisch I, 470 ff (insbesondere 471)

16) Man würde sich dabei den Auffassungen derer nähern, die eine Verpflichtung aus der Übung letzten Endes auf Treu und Glauben stützen. Vgl. etwa RAG ARS 13/184, 188 und Staudinger-Weber A 294, nach dem das Abweichen von einer Übung grundsätzlich gegen § 242 BGB verstoße. Im Ergebnis ähnlich auch Fechner ZGStW 102/78 ff, sowie Herschel SozPrax 41 Sp. 49, 51.

17) Nikisch I, 264, Note 38.

18) Vgl. oben S. 60, 84, 87.

19) Vgl. oben S. 65, 84, 87.

20) Vgl. oben S. 82, 85.

21) So zutreffend Götz Hueck, AR-Blattei Betriebsübung, I Übersicht A II 2 c.

22) So Frey AuR 61/110, 111; Feichtinger, 37; Hueck, Lehmann-Festschrift II, 638; derselbe Hueck-Nipperdey I, 135 Note 14; Heissmann, Ruhegeld, 50; Kunkel B 53/693; Nikisch I, 265 selbst; Richardi RdA 60/401, 402.

sicht von Hilger und Bötticher der Arbeitgeber keine neue Verpflichtung schaffen, sondern nur eine vorhandene inhaltlich ausfüllen. [23] Warum diese Erklärung aber rechtsgestaltend wirkt und der Arbeitgeber an die Erklärung gebunden ist, [24] wird damit nicht erklärt. [25]

§ 11 DIE UNFREIWILLIGE SELBSTBINDUNG ENTSPRECHEND DER BEHÖRDLICHEN SELBSTBINDUNG DURCH VERWALTUNGSBRAUCH (Zeuner)

Im Gegensatz zu Hilger, Bötticher und Nikisch führt Zeuner [1] die Selbstbindung des Arbeitgebers nicht auf dessen ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen zurück. Er vergleicht die betriebliche Übung mit dem Verwaltungsbrauch einer Behörde und will die dort gefundene dogmatische Lösung ins Arbeitsrecht übertragen.

---

23) Darin liegt nach Nikisch der entscheidende Unterschied zu Hilger, deren einseitige Verpflichtungserklärung er im Einklang mit der h.L. ablehnt. (Nikisch I, 265).

24) Diese Unklarheiten werden auch nicht durch die anderen Beispiele beseitigt, die Nikisch I, 263 zur Konkretisierung der Fürsorgepflicht anführt: Gesetz, Tarifvertrag, Arbeitsvertrag, allgemeine Rechtsüberzeugung. In all diesen Fällen bewirkt eine selbständige Anspruchsgrundlage die Konkretisierung. Entfällt z.B. das Gesetz oder die Rechtsüberzeugung, so fällt auch die Konkretisierung wieder weg. Ob es unter diesen Umständen überhaupt sinnvoll ist, von einer Konkretisierung der Fürsorgepflicht zu sprechen, erscheint fraglich. Angesichts der selbständigen Anspruchsgrundlagen ist dieser Umweg jedenfalls entbehrlich.

25) Es bleibt auch offen, warum der Arbeitgeber nur die Fürsorgepflicht nicht auch andere ausfüllungsbedürftige Pflichten, etwa die Lohnzahlungspflicht sollte konkretisieren können.
Kündigt der Arbeitgeber an, er werde die Akkordsätze erhöhen, so könnte man mit gleichem Recht davon sprechen, er konkretisiere die Lohnzahlungspflicht. Auch sie ist anfänglich unbestimmt (man denke z.B. an die Funktion des § 612 Abs. 2 BGB) und muß nach Art und Höhe zuerst durch Gesetz, Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag ausgestaltet werden.

1) Zeuner BB 57/647 ff Zum Problem der betrieblichen Übung.

I. Im Verwaltungsrecht hat sich unter dem Stichwort "Selbstbindung der Verwaltung" [2] eine der betrieblichen Übung ähnliche Erscheinung [3] gebildet: Wird eine Behörde, etwa bei der Austeilung von Leistungen im freien Ermessen tätig und hat die Behörde ihr Ermessen regelmäßig in einer bestimmten Richtung ausgeübt, so darf sie in Zukunft von dieser Übung nicht ohne zureichenden Grund abweichen. [4] Diese Bindung beruht nach Zeuner darauf, daß die gleichartige, tatsächliche Handhabung den Rechtssatz umgestaltet, der das Ermessen gewährt. Die Übung habe - ohne eigentlichen Rechtssatzcharakter - zusammen mit einem Rechtssatz die objektive Rechtslage verändert. [5] Daß aus Nichtrechtsquellen normative Folgen entspringen könnten, sei im Verwaltungsrecht nicht unbekannt. [6]

Im Arbeitsrecht spiele sich der gleiche Vorgang ab. Hier wirke der Arbeitgeber durch die wiederholte, vorbehaltlose Gewährung zusätzlicher, sozialer Leistungen auf die Rechtsnorm ein, in deren Rahmen er die Leistungen zunächst nach seiner freien Entscheidung erbringe: auf die Fürsorgepflicht. [7] Neben dem rein tatsächlichen Brauch könne auch das Faktum der einseitigen Arbeitgebererklärung [8] die

---

2) Daneben tauchen auch die Begriffe "Ermessensbindung", "Verwaltungsbrauch", oder "Verwaltungsübung" auf.

3) Vgl. hierzu Bachof, Vornahmeklage, 71, 83; derselbe Laforet-Festschrift, 285 Note 10 a; Eyermann-Fröhler § 114 Rdnr. 22; Fleiner, 140 insbesondere Note 23; Forsthoff, 85; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 446; derselbe Gesetz, 324; Klinger § 42 G IV b (187); Koehler § 114 A III 5; Krüger, Kartellamt, Amtsrecht und Gewaltenteilung DÖV 57/686, 688; Mayer AöR, Aus der Praxis der Verwaltungsgerichtsbarkeit 60/64, 71; Neumann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte II, 147, 148; Schunck-De Clerk, § 42 2 c dd, ähnlich Turegg, 30; Wolff, 145, sowie für das Steuerrecht Oswald JR 61/256 (Die Selbstbindung des verwaltungsbehördlichen Ermessens im Steuerrecht).
Aus der neueren Rechtsprechung: BVerwG 27.1.60 DöV 60/477 Nr. 148 = BVerwGE 10/112 ff; BVerwG 23.7.58 DöV 59/107 = BVerwGE 7/180 ff; BVerwG 8.12.59 (Beschluß) DöV 61/473; BVerwG 25.1.61 DöV 61/391. Weitere Nachweise s. oben S. 24 Note 32, sowie bei Oswald JR 61/256.

4) Die Behörde hat damit ihre anfängliche Freiheit verloren.

5) aaO. 648 2. Spalte.

6) aaO. 648 2. Spalte. Die angeführten Beispiele werden im Text unten S. 97 besprochen.

7) aaO. 649 1. Spalte.

8) aaO. 649 2. Spalte. Daß Zeuner vom "Faktum" der Arbeitgebererklärung spricht, zeigt deutlich, worin sich seine Lösung gegenüber der Auffassung der h.L. unterscheidet. Die h.L. und ebenso Nikisch, Hilger und Botticher versuchen bei ihren Lösungen, in das Faktum des Brauches eine Erklärung hineinzuinterpretieren, um ihm so Rechtsgeltung verschaffen zu können, während Zeuner Brauch und Erklärung als Fakten betrachtet.

Fürsorgepflicht so gestalten, daß sie Ansprüche auf Sozialleistungen erzeuge. Von der entstandenen Bindung könnte sich der Arbeitgeber durch einseitige Erklärung wieder lösen. Es müßten aber im Interesse des Vertrauensschutzes und der Fürsorgepflicht bestimmte Gründe vorliegen. [9]

II. Es fällt in die Augen, daß die betriebliche Übung und der Verwaltungsbrauch verwandte Züge tragen. Sowohl der Arbeitgeber wie die Behörde werden bei der Austeilung von Leistungen gezwungen, das zuvor geübte Verhalten zeitlich fortzusetzen. Aus dieser Verwandtschaft kann aber für die dogmatische Erfassung der betrieblichen Übung nichts gewonnen werden.

III. Zunächst zeigt sich schon äußerlich, daß sich beide Institute unterscheiden:

1. Der Arbeitgeber kann von der betrieblichen Übung abweichen, [10] wenn er unter Vorbehalt geleistet hat. [11] Eine solche Einschränkung ist dem Verwaltungsrecht fremd. Der Vorbehalt der Behörde beeinflußt die entstehende Bindung nicht. [12]

2. Die Selbstbindung verbietet der Behörde nur, willkürlich vom seitherigen Brauch abzuweichen. Sie darf aber mit der Übung brechen, wenn sachliche Gründe dafür sprechen, [13] etwa wenn sich die Umstände entscheidend geändert haben, oder wenn die Behörde erkennt, unzweckmäßig gehandelt zu haben. [14] Die Verpflichtung des Arbeitgebers aus betrieblicher Übung reicht dagegen über ein bloßes

9) aaO. 650 1. Spalte. Auch die Behörde könne sich nicht ohne zureichenden Grund von der Bindung lösen.

10) Die h. L., sowie Bötticher, Hilger und Nikisch gehen bei der Bewertung des Willens noch weiter. Sie lassen eine Bindung nur dort entstehen, wo sich im Verhalten des Arbeitgebers sein positiver Verpflichtungswille ausdrücke.

11) H. L. Vgl. etwa BAG 8. 12. 60 BB 60/864 = AP Nr. 16 zu § 611 Gratifikation; sowie die Rechtsprechungsübersicht oben S. 9 ff und Nikisch I, 263 und 411.

12) Daß der Vorbehalt ohne Bedeutung ist, wird klar, wenn man erkennt, daß das willkürliche Abweichen vom Verwaltungsbrauch ein Ermessensmißbrauch ist. Die Behörde kann sich nicht das „Recht" vorbehalten, ermessensmißbräuchlich zu handeln. Das würde dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zuwiderlaufen. Die Unlösbarkeit des Vorbehaltsproblems liegt also in der Struktur des öffentlichen Rechts begründet.

13) Vgl. Zeuner, 648 1. Spalte, 650 1. Spalte und ausdrücklich BVerwG 8. 12. 59 DöV 61/473.

14) Wolff, 145.

Willkürverbot hinaus; denn der Arbeitgeber kann grundsätzlich auch aus sachlichen Gründen von der betrieblichen Übung nicht abweichen. [15]

IV. Der eigentliche Grund, warum die verwaltungsrechtliche Parallele nicht weiterführt, liegt aber im strukturellen Unterschied zwischen Verwaltungsrecht und Arbeitsrecht und damit in der unterschiedlichen Stellung einer Behörde und des Arbeitgebers bei der Verteilung von Leistungen. Wenn das Gesetz einer Behörde bei der Verteilung von Leistungen Handlungsfreiheit gibt, so kann diese doch nicht beliebig oder willkürlich verfahren. Vielmehr muß sie jede Entscheidung in pflichtgemäßem Ermessen treffen. Der das ganze öffentliche Recht durchziehende Grundsatz [16] pflichtgemäßen Ermessens [17] bedeutet, daß sich die Behörde bei allen Entscheidungen von sachlichen Gesichtspunkten leiten lassen muß. [18] Angesichts dieser grundsätzlichen Verpflichtung zur Sachlichkeit bietet das Problem der Selbstbindung nur die Besonderheit, daß die Behörde durch ihr fortgesetztes eigenes Handeln Umstände geschaffen hat, die sie bei der Prüfung der Sachlichkeit aller folgenden Entscheidungen nicht umgehen kann. [19] Mit Recht hat deshalb die h.L. des Verwaltungsrechts das Problem der Selbstbindung der Behörde als Problem der Ermessenslehre betrachtet und es im Zusammenhang mit dem Grundsatz pflichtgemäßen Ermessens rechtstechnisch gelöst. [20]

---

15) Vgl. hierzu die Rechtsprechungsübersicht oben S. 15. Die Rechtsprechung hat die Bindung als vertragliche angesehen und gemäß dem Grundsatz pacta sunt servanda die einseitige Lösbarkeit verneint.
Sachliche Lösungsgründe wie Gewinnrückgang, Verlust, kostspielige Modernisierungs- oder Investitionsaufwendungen lassen die Verpflichtung des Arbeitgebers unberührt. LAG Frankfurt 14.7.53 AP 54 Nr. 96 S. 340 = B 53/927; RAG ARS 36/188 mit Anm. Hueck.

16) Der Grundsatz pflichtgemäßen Ermessens ist ein Erfordernis der Rechtsstaatlichkeit.

17) Eine gesetzliche Definition des Ermessens existiert nicht, doch herrscht über seinen Inhalt in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit. Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, 30, sowie die gesetzlichen Bestimmungen in § 2 Abs. 2 StAnpG, § 114 VwGO und Art. 65 des nie Gesetz gewordenen Entwurfs einer württ. Verwaltungsrechtsordnung: Danach sind Maßnahmen "nach sachlichen Gesichtspunkten unter gerechter und billiger Abwägung des öffentlichen Interesses und der Einzelinteressen zu treffen."

18) Auf ermessensfehlerhaft vorenthaltene Leistungen hat der Betroffene ein formelles, subjektives öffentliches Recht. Vgl. etwa Bachof, Vornahmeklage, 93.

19) Die Behörde hat durch ihr Verhalten einen Maßstab gesetzt, welche Umstände für ihr Handeln maßgebend und welche unerheblich sein sollen. Eine Preisgabe ihrer seither für sachlich befundenen und praktizierten Maßstäbe ohne sachlichen Grund, würde dem Gebot der Sachlichkeit zuwider laufen.

20) Vgl. zum Stand der herrschenden Lehre im öffentlichen Recht unten Note 23.

Eine entsprechende Gebundenheit des Arbeitgebers fehlt im Arbeitsrecht, da der Arbeitgeber bei der Verteilung zusätzlicher Leistungen keinem allgemeinen Grundsatz pflichtgemäßen Ermessens unterworfen ist [21]. Vielmehr herrscht hier der Grundsatz der Privatautonomie. [22] Der Arbeitgeber entscheidet frei und ohne kontrolliert zu werden darüber, ob, an wen und zu welchen Bedingungen er Leistungen gewähren will. [22a] Wird er trotz des Grundsatzes der Privatautonomie zur zeitlichen Fortsetzung seines Handelns gezwungen, so bedarf dies einer besonderen Begründung. Die Bindung fließt nicht - wie im Verwaltungsrecht - aus einem allgemeinen dogmatischen Grundsatz.

V. Die eigene Lösung Zeuners für die Verpflichtung aus einer Übung stößt ebenfalls auf Bedenken. Sie hat sich im Verwaltungsrecht bisher nicht durchgesetzt, [23]

---

21) Anderer Ansicht offenbar Schnorr von Carolsfeld § 7 A I 3 a, der Grundsatz pflichtmäßigen Ermessens gelte bei privater Verwaltungstätigkeit ebenfalls.

22) Dem Handeln des Arbeitgebers sind also nur die Grenzen der §§ 226, 242 und 826 BGB gesetzt. Dieser Grundsatz ist im Arbeitsrecht freilich nicht mehr rein erhalten. Die moderne Auffassung von der sozialen Verantwortung dessen, der einen Betrieb leitet und ein Gruppenleben ordnet, hat zu weitreichenden Bindungen geführt. Klassisches Beispiel ist die Auswirkung des Gleichbehandlungsgebotes. Solche Bindungen müssen dann aber besonders begründet werden, sie entspringen nicht einem allgemeinen, dogmatischen Grundsatz.

22a) So steht es dem Arbeitgeber frei, willkürlich k e i n e Gratifikationen oder Ruhegelder zu zahlen, oder eine unter Vorbehalt gewährte Gratifikationszahlung ohne Angabe von Gründen einzustellen (ständige Rechtsprechung RAG ARS 6/203, 204; 9/357, 358 und aus neuerer Zeit BAG 27.6.58 B 58/1073 = BB 58/984 = AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gratifikation; vom 31.5.60 AP Nr. 15 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 3, vom 8.12.60 BB 60/864 sowie ausführlich Rechtsprechungsübersicht oben S. 10 Note 31.

23) Die dogmatische Durchdringung ist allerdings im Verwaltungsrecht noch nicht weiter fortgeschritten. Meist wird der Verwaltungsbrauch nur als Vergleichsmaßstab für Gleichheitserörterungen bedeutsam erachtet, das Problem damit in die Ermessenslehre eingebettet, Forsthoff, 85; Wolff, 145; Jellinek, Verwaltungsrecht, 446, 447; Fleiner, 140 Note 23; Neumann-Nipperdey-Scheuner Grundrechte II, 148; Eyermann-Fröhler § 114 Rdnr. 22; Mayer AöR 60/64, 71; Oswald JR 61/256.
Das Bundesverwaltungsgericht spricht vom Gleichheitssatz i.V. mit dem Grundsatz der Selbstbindung der Behörde BVerwG 27.1.60 DöV 60/477 Nr. 148 = BVerwGE 10/112 ff; vom 23.7.58 DöV 59/107 = BVerwGE 7/180 ff; vom 25.1.61 DöV 61/391.

und wurde im Arbeitsrecht abgelehnt. [24]

1. Praktisch befriedigt sie nicht, weil sie nur zu einer Verpflichtung bei jenen Leistungen führt, die der Arbeitgeber auf Grund der Fürsorgepflicht [25] erbringt. Die rechtlichen Wirkungen der Übung bei Arbeitsentgelt im engen Sinne, wie bei Doppeldienstentschädigungen [26], sind damit nicht erklärt. [27] Ferner bleibt offen, warum der Vorbehalt des Arbeitgebers grundsätzlich beachtlich ist. [28]

2. In theoretischer Hinsicht ist die Ansicht Zeuners abzulehnen, weil sie auf der Anerkennung der normativen Kraft des Faktischen beruht. Nicht der Wille des Arbeitgebers soll die Fürsorgepflicht umgestalten, sondern die Tatsächlichkeit des Brauchs und das "Faktum" der Erklärung. Daß Tatsachen von sich aus Rechtsnormen umgestalten könnten, will er mit dem Hinweis auf die Verwaltungsanweisung und ein baurechtliches Beispiel belegen. [29] Erlaube eine Verordnung nur Häuser von einer Höhe, die von der Feuerwehrspritze erreicht werden kann, so werde der Inhalt der Norm durch die tatsächliche Reichweite der Spritze verändert und bestimmt. Beide Beispiele können den Beweis nicht erbringen. [30] Die Verwaltungsanweisung ist weniger Tatsache, als Ausfluß des Weisungsrechts der übergeordneten Behörde. [31] Im Baubeispiel wirken die Tatsachen nicht aus e i g e n e r Kraft auf die Norm ein, sondern die Norm nimmt von vornherein auf Tatsachen

---

Fortsetzung der Fußnote 23 von Seite 96:
Unmittelbar den Grundsatz pflichtgemäßen Ermessens ziehen heran: Klinger VwGO § 42 G IV b (187); Schunk-De Clerk VwGO § 42 2 c dd; BVerwG 8.12.60 DöV 61/473; OVG Münster 17.10.50 JZ 51/119 mit zustimmender Anmerkung Bachof. Eine andere verwaltungsrechtliche Lösung vertritt Krüger DöV 57/686, 688, der vom Amtsrecht einer Behörde spricht.

24) Hilger, Ruhegeld, 46; Galperin-Siebert BetrVG Rdnr. 125 (Teillösung).

25) Der Ansatzpunkt Zeuners ist deshalb in gleicher Weise beschränkt wie bei Siebert und Nikisch oben S. 90.

26) BAG 28.2.56 AP Nr. 1 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; vom 8.11.57 AP Nr. 2 ebenda; vom 13.10.60 BB 60/1326. Diese Entscheidungen werden allgemein gebilligt.

27) Denn reines Arbeitsentgelt fließt nicht aus der Fürsorgepflicht. Vgl. oben S. 90 Note 10.

28) Vgl. oben Note 12.

29) aaO. 648 2. Spalte.

30) Darauf weist zutreffend Hilger, Ruhegeld, 46 Note 21 hin.

31) Problematisch ist nur, die Außenwirkung zu erklären. Vgl. etwa Bachof, Vornahmeklage, 95, 96.

Bezug. Die rechtliche Bedeutung der Tatsachen beruht deshalb allein auf dem Normbefehl. [32]

Es ist deshalb, wie oben dargelegt [33], daran festzuhalten, daß bloße Tatsachen aus sich heraus kein Recht erzeugen können. Sie können deshalb eine Norm auch nicht so gestalten, daß diese Ansprüche erzeugt, die sie nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung noch nicht enthält. [34]

KAPITEL 4
BETRIEBLICHE ÜBUNG UND VERTRAUENSSCHUTZ

Die Erkenntnis, daß sich der Arbeitgeber in der Regel nicht verpflichten wollte, hat in der Nachkriegszeit zur Erwägung geführt, ob der Arbeitgeber nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes [1] sein seither regelmäßig geübtes Verhalten auch weiterhin fortsetzen müßte. Dabei ist folgende Vorstellung maßgebend: Der Arbeitgeber, der wiederholt, regelmäßig zusätzliche Leistungen gewähre, erwecke in den Arbeitnehmern die Erwartung, er werde sich auch in Zukunft ebenso verhalten. Das herausgeforderte Vertrauen dürfe er nicht enttäuschen. Diese Ansicht wird auch in der Rechtsprechung vertreten. Gelegentlich findet sich dort die Begründung, der Arbeitnehmer stelle seine Haushaltsführung und seine Lebenshaltung [2]

---

32) Es gilt nichts anderes, als wenn sich die Norm sonst an Begriffen wie Nachtzeit oder bewohntes Gebäude orientiert (vgl. § 243 Abs. 1 Ziff. 7 StGB).

33) oben S. 37.

34) Damit ist nicht zu verwechseln, daß es reine Tatsachen sein können, die die Fürsorgepflicht konkretisieren; denn der Inhalt der Fürsorgepflicht steht nicht ein für allemal fest. Was geboten ist, schwankt mit den Umständen. In diesen Fällen wird aber nur der abstrakt vorgeschriebene Inhalt der Fürsorgepflicht auf den konkreten Fall angewandt und nichts verlangt, was nicht schon das Gesetz vorschreibt. Nach der Ansicht Zeuners soll dagegen die Fürsorgepflicht allgemein zu einer Leistungspflicht auf bestimmte Sachleistungen erweitert werden.

1) Bei dem Hinweis auf den Vertrauensschutz handelt es sich manchmal nur um ein obiter dictum, während daneben andere Begründungen herangezogen werden. So etwa Heissmann, Ruhegeld, 61, BAG 8.11.57 BB 58/192, 193 = AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung oder es wird nur stichwortartig der Vertrauensschutz zitiert. Vgl. Böttcher RdA 53/161, 163 Note 9.

2) RAG ARS 6/203, 204; 40/369, 372; LAG Darmstadt ARS 24/29, 30. Vgl. zur Rechtsprechung auch Molitor B 50/315.

auf die ständigen Gratifikationszahlungen ein, er werde sich auf die Fortsetzung verlassen [3] und mit ihr rechnen.[4] Dieses Vertrauen sei schutzwürdig.[5] Während man seither das Vertrauen der Arbeitnehmer durch die Konstruktion einer Willenserklärung zu schützen versuchte,[6] sollen nun andere Institute den Vertrauensschutz sachgerechter verwirklichen.

Dabei ist man sich einig, daß es einen allgemeinen Grundsatz, wonach das Vertrauen in allen Rechtslagen geschützt werde, nach geltendem Recht nicht gibt.[7] Vielmehr ist es Aufgabe verschiedener Institute,[8] einen mehr oder weniger weitgehenden Vertrauensschutz zu garantieren.

---

3) RAG ARS 40/369, 372: Sein Entschluß werde beeinflußt, in den Betrieb einzutreten oder in ihm zu bleiben.

4) RAG ARS 6/203, 204; LAG Darmstadt ARS 24/29, 30. Gegen diese Argumente wenden sich Schlessmann B 60/1335, Hilger BB 50/819 (auch der Briefträger richte sich ein und vertraue auf ein Weihnachtsgeschenk) und Frey AuR 60/302, 305.

5) BAG 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB, Betriebliche Übung Bl. 1 RS. Ebenso grundsätzlich Larenz Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu § 611 BGB Ärzte Gehaltsansprüche, Schnorr v. Carolsfeld, 195.

6) Daß in der Lehre von der Willenserklärung durch die Auslegung nach Treu und Glauben das Vertrauen des Erklärungsempfängers in gewisser Weise geschützt wird, ist anerkannt. Vgl. dazu etwa Brox,Irrtum, 112; Godin RGRK HGB § 346 Anm. II S. 20; Krause, Schweigen, 142; Macris,Vollmacht, 87; Eichler, 103. Wieacker, Willenserklärung, 278.

7) Zutreffend Staudinger-Weber A 290; Riezler, venire, 110; Lange, 258; Macris, 72, 85; Lehmann, Allgemeiner Teil, 125; Kunkel B 53/693, 694.
Sehr weitgehend dagegen Soergel-Siebert § 242 BGB Rdnr. 143.

8) Dabei sind es rechtspolitische Erwägungen, ob und unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang das Vertrauen geschützt werden soll. Dementsprechend sind die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes verschieden. Macris, 72.

§ 12 VERTRAUEN IN DIE NICHTAUSÜBUNG VON RECHTEN

I. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM (Staudinger-Weber)

In der Literatur versuchen Staudinger-Weber [1] und Bötticher, [2] die Bindung des Arbeitgebers aus betrieblicher Übung letzten Endes damit zu erklären, daß der Arbeitgeber, der grundlos die üblichen Zahlungen einstelle, sich mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch setze und damit unter das Verbot des venire contra factum proprium gerate. [3] Der Arbeitgeber schaffe durch sein gleichbleibendes Verhalten einen äußeren Tatbestand. Dieser lasse seine Auffassung erkennen, daß er auch weiterhin leisten werde. Stelle der Arbeitgeber die Zahlungen ein, so liege in diesem plötzlichen Wandel seiner Auffassung ein gegen Treu und Glauben verstoßender Selbstwiderspruch. Die Einstellung der Gratifikations- oder Ruhegeldzahlung werde unzulässig, [4] so daß der Arbeitgeber auch in Zukunft leisten müsse.

Der Grundsatz des venire contra factum proprium kann aus dogmatischen Gründen die Verpflichtung des Arbeitgebers aus betrieblicher Übung nicht erklären. [5]

---

1) Staudinger-Weber D 332. In A 373 führt Staudinger-Weber dagegen die Verpflichtung ohne diesen Hinweis unmittelbar auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurück.

2) Bötticher RdA 53/161, 163 Note 9, der Arbeitgeber könne von der Übung deshalb nicht abweichen, weil in der Übung eine einseitige, stillschweigende Erklärung liege, mit der er sich sonst unzulässig in Widerspruch setze. Auch Frey AuR 60/302, 305 ist der Ansicht, die Verknüpfung von Übung und Vertrauensschutz führe auf das Verbot des venire zurück. Vgl. auch Koehler, § 114 III, 5.

3) Vgl. zu den Voraussetzungen des venire contra factum proprium Soergel-Siebert § 242 Rdnr. 141.

4) Ähnlich will der BGH vom 24.2.54 BGHZ 12/337, 345 einen Ruhegeldanspruch auch ohne Vertrag dann zubilligen, wenn die Vorenthaltung als Rechtsmißbrauch anzusehen sei. Vgl. ferner BAG vom 8.11.57 BB 58/192.

5) Die praktischen Ergebnisse dieser Begründung wären dagegen befriedigend. Es ließe sich die Unbeachtlichkeit des inneren Willens, die unterschiedliche Vorbehaltsregelung bei Gratifikationen und Ruhegeldern, lösen; denn das v. c. f. p. macht den Weg für eine Interessenabwägung nach Treu und Glauben frei. Schwierigkeiten bleiben aber dort, wo der Arbeitgeber etwa trotz betrieblichen Verlustes an der Übung festgehalten wird. Hier würde eine Interessenabwägung nicht zu einer solch starren Bindung führen, wie sie das RAG bejaht hat.

1. Es soll zunächst dahingestellt bleiben, ob das Vertrauen der Arbeitnehmer auf die fortdauernde Übung die ihm zugedachte, grundlegende Rolle spielt. [6] Führt man jedoch die Verpflichtung des Arbeitgebers auf das Vertrauen der Arbeitnehmer zurück, so muß man unterscheiden: Das Vertrauen tritt in positiver und negativer Form auf. So kann jemand darauf vertrauen, er habe einen Rechtszuwachs erhalten; er kann aber auch darauf vertrauen, ein gegen ihn bestehendes Recht werde nicht mehr ausgeübt. Dementsprechend nimmt der Vertrauensschutz eine positive oder negative Funktion wahr. [7] Bei der betrieblichen Übung kann es nur um Vertrauensschutz in seiner anspruchsbegründenden Erscheinungsform gehen; denn es soll erklärt werden, warum die Arbeitnehmer auf Grund der betrieblichen Übung Rechte gegen den Arbeitgeber erwerben.

2. Diese anspruchsbegründende Funktion des Vertrauensschutzes nimmt das Verbot des v. c. f. p. [8] nicht wahr; denn es bildet keine Anspruchsgrundlage subjektiver Rechte. Das v. c. f. p. gehört rechtssystematisch als Ausfluß des § 242 BGB [9] in den Bereich des Rechtsmißbrauchs. [10] Es erklärt, warum die Ausübung von

---

6) Diese grundsätzliche Frage wird unten S. 109 im Zusammenhang mit dem Rechtsschein behandelt und verneint. Es zeigt sich nämlich, daß die Rechtsprechung die subjektive Einstellung der einzelnen Arbeitnehmer gar nicht prüfte.

7) Vgl. zutreffend Esser, Schuldrecht § 35, 1 a und b.

8) Das Verbot enthält nach h. L. Elemente des Vertrauensschutzes. Vgl. Wieacker, Präzisierung, 28; Soergel-Siebert § 242 BGB Rdnr. 141; Esser, Schuldrecht § 35, 2; Staudinger-Weber D 323. Es handelt sich jedoch dann nur um Vertrauensschutz in seiner negativen Erscheinungsform. Ob angesichts der starken Objektivierung des Instituts das Vertrauen des Begünstigten Tatbestandsmerkmal ist, läßt sich bestreiten. Vgl. zum Parallelproblem bei der Verwirkung Siebert, Verwirkung, 202.

9) Das v. c. f. p. das zunächst als ein Fall der exceptio doli begriffen wurde, hat sich heute emanzipiert. Die exceptio doli stellt heute keinen systematischen Begriff mehr dar, sondern nur noch eine rechtspolitische Idee. Vgl. hiezu Schmitt, Obliegenheiten, 112.

10) Soergel-Siebert § 242 BGB Rdnr. 28 und Rdnr. 141; Staudinger-Weber D 323; Palandt § 242 BGB Anm. 4 d; Nastelski RGRK § 242 BGB Anm. 134; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 228 IV 2 S. 1394; Enneccerus-Lehmann Schuldrecht § 4 II 5 S. 23; ähnlich Planck-Siber § 242 BGB S. 45; Riezler, venire, 68; Schmitt, Obliegenheiten, 113; Warneyer § 242 BGB IV S. 426; Wieacker, Präzisierung, 27.
Anderer Ansicht Esser, Schuldrecht § 35, 3. Das Verbot des v. c. f. p. habe nicht nur die Fälle der Rechtsausübung im Auge, sondern es wolle auch objek-

Rechten nicht mehr zulässig ist und warum ein bestimmtes Verhalten zu einem Rechtsverlust führt. [11] Es kann aber keine Ansprüche selbständig zum Entstehen bringen.

3. An diesem, von der h. L. gebilligten, systematischen Standort des v. c. f. p. ändert sich auch nichts, nachdem neben der Ausübung subjektiver Rechte auch die Ausübung von bloßen Rechtsstellungen [12] dem Verbot unterworfen wurde. [13] Auch dann führt der Gedanke des Mißbrauchs nicht zur Begründung eines formalen Rechtszuwachses bei den Arbeitnehmern.

Fortsetzung der Fußnote 10 von Seite 101:
tiv die Rechtsstellung des auf den Rechtsschein vertrauenden Partners schützen. Nach Esser kann deshalb das v. c. f. p. auch Ansprüche erzeugen, da es gleichzeitig die Funktion positiven Vertrauensschutzes übernehmen und den Rechtsscheinschutz verwirklichen soll.

11) Dabei handelt es sich genau genommen nicht um einen Rechtsverlust, sondern um eine Festlegung der allen Rechten nach § 242 BGB immanenten Grenzen.

12) Zu den weitgehenden Formulierungen vgl. etwa Soergel-Siebert § 242 BGB Rdnr. 112; Staudinger-Weber D 442; Warneyer § 242 BGB IV; Lehmann, Enthaftung, 98.
Kritisch zu dieser Ausdehnung, Gernhuber, 154, 159.

13) Dennoch drohen durch diese Ausweitung die klaren Grenzen in Unordnung zu geraten.
Solange das Verbot nur die Ausübung subjektiver Rechte betraf, führte das gegensätzliche Verhalten nur zu einer praktischen Verbesserung der Rechtslage des Begünstigten. Nie erhielt er aber formal etwas zugesprochen, was er zuvor nicht hatte. So konnte das Verbot dazu führen, daß der Schuldner nicht leisten mußte, weil der Gläubiger nicht fordern durfte, oder dazu, daß der Mieter in der Wohnung bleiben durfte, weil die Kündigung unzulässig geworden war. Das Verbot dient hier deutlich nur der Verteidigung und der Abwehr eines Rechtsbegehrens des Gegners.
Dehnt man aber das Verbot auf sämtliche Rechtslagen und Rechtspositionen aus, so ergibt sich ein anderes Bild. Dies zeigen die von Siebert genannten Beispiele: Bedeute die Verweigerung der Genehmigung zu einem schwebend unwirksamen Vertrag einen Selbstwiderspruch, so sei der Vertrag zustande gekommen. Ferner: ein Anspruch der Braut nach § 1300 BGB soll auch bei Bescholtenheit entstehen, wenn die Berufung des Verlobten auf die Bescholtenheit mit eigenem Verhalten im Widerspruch stehe.
In beiden Fällen bedeutet das Verbot, einen Rechtsstandpunkt einzunehmen, zugleich einen formellen Rechtszuwachs des Prozeßgegners. Das Verbot zieht einen Anspruch nach sich; denn der Gegner kann jetzt, ohne daß die ge-

II. VERWIRKUNG (BAG)

1. In seinem Urteil vom 8.11.1957 stellt das BAG [1] fest, bei der betrieblichen Übung gelte das gleiche wie bei der Verwirkung. [2] Hier vertraue der Schuldner darauf, der Gläubiger werde seinen Anspruch nicht geltend machen. [3] Bei der betrieblichen Übung richte sich das Vertrauen der Arbeitnehmer darauf, der Arbeitgeber werde seine seitherige Praxis beibehalten und auch weiterhin die üblichen Gratifikationen oder Ruhegelder gewähren. In der Literatur stimmen dieser Begründung Heissmann [4] und Staudinger-Weber [5] zu.

2. Tatsächlich kann man zwischen der betrieblichen Übung und der Verwirkung eine gewisse Verwandtschaft beobachten. Sie beschränkt sich jedoch darauf, daß in beiden Fällen der Zeitablauf und ein bestimmtes Verhalten zusammen - ohne

---

Fortsetzung der Fußnote 13 von Seite 102:
setzlichen Voraussetzungen vorliegen, einen Anspruch geltend machen. Mit Recht kritisiert Gernhuber, Formnichtigkeit, 159, der unzulässigen Rechtsausübung trete hier eine zulässige Nichtrechtsausübung gegenüber.
Diese Vorstellung, daß die Berufung auf einen Rechtsstandpunkt unzulässig sei, könnte bei der betrieblichen Übung zu folgender Anschauung führen: der Arbeitgeber handelt widerspruchsvoll, wenn er behauptet, gegen ihn seien keine Ansprüche entstanden. Der Einwand ist unzulässig und kann nicht geltend gemacht werden. Daran zeigt sich aber die dogmatische Schwäche deutlich. Was der Kläger (Arbeitnehmer) für einen Anspruch geltend machen soll, welche Anspruchsgrundlage er angibt, bleibt offen. Ordnet man - wie auch Siebert - das v. c. f. p. dem Rechtsmißbrauch zu, so bleibt der formelle Rechtszuwachs des Gegners immer unerklärlich.

1) BAG 8.11.57 BB 58/192 = AP Nr. 2 zu § 242 BGB betriebliche Übung.
2) Vgl. zu den Voraussetzungen der Verwirkung grundsätzlich Siebert, Verwirkung, 173 ff.
3) So Boehmer II, 2 S. 118; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 4 II 5. S. 23 und Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 228 IV 2 S. 1394; Warneyer § 242 BGB VII 7. Ob der Schuldner tatsächlich vertrauen muß, ob also Gutgläubigkeit subjektives Tatbestandsmerkmal der Verwirkung ist, wird bestritten. Nach Siebert, Verwirkung, 202 fordert die Zurückführung des Instituts auf § 242 BGB dies nicht. Im Ergebnis ebenso Krause, Schweigen, 193 ff.
4) BB 58/633.
5) A 294. Der Verwirkungsgedanke klingt auch im Urteil des BSG vom 22.3.56 NJW 57/397 an.

Rücksicht auf den inneren Willen des Betroffenen - auf Rechte und Rechtsstellungen der Beteiligten einwirken. [6]

3. Dogmatisch führt jedoch der Hinweis auf die Verwirkung ebenso wie die Parallele zum venire contra factum proprium ins Leere. Die Verwirkung ist nach h.L. ein besonderer Fall des v. c. f. p. und gehört damit ebenso in den Bereich des Rechtsmißbrauchs. [7] Die Verwirkung führt zum Rechtsverlust [8] des illoyal Handelnden. [9] Sie kann aber nicht aus sich heraus Ansprüche erzeugen. [10]

4. Noch auf einem anderen Wege könnte die Verwirkung zur Erklärung der betrieblichen Übung beitragen. Sieht man, wie die h.L., in der betrieblichen Übung eine stillschweigende Willenserklärung des Arbeitgebers, [11] so wäre denkbar, daß

---

6) Beide beruhen daher auf der Rechtsentwicklung, daß dem äußeren typischen Verhalten verstärkter Einfluß zukomme, ohne daß im Einzelfall ein besonderer Wille des Betroffenen hinzutreten muß. Insoweit ist auch gegen die Parallele nichts einzuwenden.

7) Achilles Greif § 242 BGB Anm. 3; Boehmer, Grundlagen II, 1, S. 103; Eichler, 34; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 228 IV 2. S. 1393; Enneccerus-Lehmann,Schuldrecht § 4 II, 5 S. 23; Erman § 242 BGB Anm. 18a; Nastelski RGRK § 242 BGB Anm. 190; Lange, 112; Lehmann JW 36/2193; Palandt, § 242 BGB Anm. 9; Schmitt, Obliegenheiten, 113; Siebert, Verwirkung, 172, derselbe Soergel-Siebert § 242 BGB Rdnr. 173; Staudinger-Weber D 561, 598 und 602; Wieacker, Präzisierung, 28; Warneyer § 242 VII 7 und IV. Anders wiederum Esser, Schuldrecht § 35, 8.

8) Genau genommen darf man nicht von Rechtsverlust sprechen, sondern von inhaltlicher Begrenzung des Rechts. § 242 BGB bildet eine immanente Schranke der subjektiven Rechte. Überschreitet zum Beispiel der Gläubiger diese Schranke, so handelt es sich nicht mehr um eine unzulässige "Rechtsausübung", sondern der Gläubiger handelt ohne Recht (Siebert, Verwirkung, 172). Daran wird besonders deutlich, daß der Schuldner durch die Verwirkung keinen formellen Rechtszuwachs erhält, denn er war von Anfang an nur zur Leistung nach Treu und Glauben verpflichtet. Vgl. dazu Gernhuber, 159 und Siebert, Verwirkung, 172.

9) Wie beim v. c. f. p. steht also auch bei der Verwirkung nur der negative Vertrauensschutz in Frage.

10) Bei der Verwirkung und beim v. c. f. p. zeigt es sich, daß das äußere Verhalten einer Partei bisher stärker dort anerkannt wurde, wo es darum ging, Rechte zu begrenzen und zu Ende zu bringen. Dagegen zögerte man dort, wo ein bloßes äußeres Verhalten eine neue Verpflichtung schaffen sollte.

11) Vgl. oben S. 59 mit Nachweisen.

der Arbeitgeber nur sein Anfechtungsrecht nach § 119 BGB verwirkt. [12] Dann wäre er dauerhaft an seine Erklärung gebunden und könnte die entstandene Bindung nicht nachträglich wieder beseitigen. Diese Konstruktion müßte aber beweisen, daß eine Willenserklärung auch ohne Geschäftswillen zustande kommen kann. [13] Sie ist zudem aus einem anderen Grunde abzulehnen. Der bloße Tatbestand, der die Willenserklärung schafft, nämlich die dreimalige Gratifikationszahlung, würde auch schon den fertigen Verwirkungstatbestand in sich schließen. Von einer "illoyalen Verspätung" und von einem atypischen Verhalten könnte man dann nicht mehr sprechen. [14]

§ 13 VERTRAUEN ALS ANSPRUCHSBEGRÜNDENDES ELEMENT

I. ERSITZUNG

Zu den Instituten, die das positive Vertrauen schützen, [1] gehört das sachenrechtliche Institut der Ersitzung. [2] Hier führt der gute Glaube zusammen mit Eigenbesitz und Zeitablauf zum Erwerb eines Rechtes. [3]

1. Hält man sich die Situation im Gratifikationsrecht vor Augen, so kann man gewisse Ähnlichkeiten zur Ersitzung feststellen. Es fragt sich nämlich, ob ein Arbeitnehmer, der jahrelang, regelmäßig Gratifikationen erhielt, sich darauf berufen kann, er hätte den Gratifikationsanspruch ersessen. Auch hier tritt nämlich der Rechtserwerb erst nach einem festen Zeitablauf ein, und der gute Glaube er-

---

12) Das Anfechtungsrecht als subjektives Gestaltungsrecht, kann unbestrittenermaßen verwirkt werden.

13) Zur grundsätzlichen Problematik dieser Frage vergleiche die Erörterungen oben S. 66.

14) Man könnte in diesem Fall nicht mehr sagen, der Arbeitgeber habe mit der Geltendmachung seines Rechts (d.h. des Anfechtungsrechts) solange gewartet, daß nunmehr die Geltendmachung verspätet sei und gegen Treu und Glauben verstoße. Denn mit der Entstehung der Willenserklärung und damit des Anfechtungsrechts, wäre die Anfechtung schon wieder verwirkt.

1) Vgl. über den Zusammenhang zwischen Ersitzung und Vertrauensschutz insbesondere Naendrup, 35.

2) §§ 937 ff BGB.

3) Vgl. zu den Voraussetzungen der Ersitzung etwa Wolff-Raiser § 71 I

scheint notwendig.[4] Außerdem hat die ständige Hingabe und Hinnahme der Gratifikationen einen äußeren Besitzstand der Arbeitnehmer geschaffen, der als Hinweis und Dokumentation eines relativen Rechts der Arbeitnehmer angesehen werden kann.[5]

2. Daß eine Ersitzung von Forderungsrechten denkbar ist, zeigt das PrALR, das die Ersitzung von regelmäßig wiederkehrenden Leistungen kannte.[6] Das geltende Recht läßt dagegen die Ersitzung nur am Eigentum und einigen dinglichen Rechten zu.[7] Ob darüber hinaus im Wege der Rechtsfortbildung eine Anspruchsersitzung durchgesetzt werden könnte, kann dahingestellt bleiben. Die Ersitzung könnte nämlich - neben anderen Bedenken[8] - das Problem der betrieblichen Übung höch-

---

4) Nur wenn das Vertrauen der Arbeitnehmer für die Ansprüche aus betrieblicher Übung maßgebend ist, läßt sich eine Parallele zur Ersitzung ziehen. Über die grundlegende Frage, welche Rolle das Vertrauen der Arbeitnehmer spielt, vgl. unten die Erörterungen S. 109 zum Rechtsschein, wo sich zeigt, daß die Ansprüche aus betrieblicher Übung auch ohne Vertrauen der einzelnen Arbeitnehmer entstehen.

5) Es entsteht der Anschein, als werde hier eine ganz bestimmte Rechtslage vollzogen und abgewickelt.

6) Zur erwerbenden Verjährung heißt es dort:
§ 501 I 9 PrALR: Durch die Verjährung können sowohl Rechte, die Jemand gehabt hat, verloren werden, als neue Rechte erworben werden.
§ 503 I 9 PrALR: Soll aber ein neues Recht durch Verjährung erworben werden, so ist, außer dem Nichtgebrauche des entgegenstehenden Rechts auch der Besitz und die Ausübung dieses Rechts von Seiten des Erwerbenden dazu nothwendig.
Danach können auch Forderungsrechte ersessen werden, sofern sie ein Anrecht auf fortdauernde Leistungen geben "und daher des Besitzes fähig" sind. (So Dernburg I, 356 und 323). Nach Dernburg I, 324 Note 5 (etwas anders § 80 I 7 PrALR) setzt der Besitz relativer Rechte voraus, "daß eine Leistung in der Meinung, einer fortlaufenden Pflicht gerecht zu werden, einerseits angeboten und andererseits angenommen wird." Ein solcher Besitz, der an die subjektive Vorstellung beider Partner gebunden ist, käme allerdings im Rahmen der betrieblichen Übung nicht in Frage. Der Arbeitgeber will keiner Pflicht genügen, sondern gerade freiwillig leisten.

7) Vgl. §§ 937, 945, 1033 und 900 BGB.

8) So zeigen sich nämlich auch Unterschiede zum Tatbestand der Ersitzung. Bei der Ersitzung nach §§ 937 ff treten guter Glaube und Eigenbesitz einander unabhängig gegenüber. Der gute Glaube muß schon beim Besitzerwerb vorliegen. Er fließt nicht kausal aus dem Besitz. Bei der Übung ist das Vertrauen in die Fortzahlung anfänglich nicht vorhanden, es entsteht erst aus den laufenden Zahlungen.

stens teilweise lösen: sie könnte nur dort helfen, wo der einzelne Arbeitnehmer - wie bei Gratifikationen - in der Vergangenheit die Leistungen regelmäßig erhalten hat, die er nun für die Zukunft fordert; denn nur dann könnte er auf einen Besitzstand verweisen.[9] Bei den Ruhegeldern, Jubiläumsprämien, Verheiratetenzulagen ist es anders. Hier verlangt der Arbeitnehmer Leistungen, die er selbst noch nie erhalten hat. In diesen zahlreichen Fällen, in denen das kollektive Element der Übung besonders hervortritt, fehlt ein sichtbarer Besitzstand, so daß die Vorstellung einer Anspruchsersitzung nicht zum Ziel führt.

II. RECHTSSCHEIN

Das Vertrauen kann vor allem dort zu Ansprüchen führen, wo es sich auf einen Rechtsschein stützt. Man spricht von Rechtsschein da, wo für den Eintritt einer Rechtsfolge nicht das Vorhandensein aller dazu erforderlichen Voraussetzungen nötig ist, sondern der bloße Schein ihres Vorhandenseins genügt.[1] Die Rechtsscheinwirkungen sind dabei an folgende Voraussetzungen[2] gebunden: der Rechtsschein muß eine tatsächliche Grundlage haben, der Betroffene muß ihn veranlaßt haben,[3] und der Begünstigte muß gutgläubig sein.[4] Liegen diese Voraussetzungen vor, so treten die Rechtswirkungen ohne den Willen des Betroffenen ein.[5]

Fortsetzung der Fußnote 8 von Seite 106:
Zu den praktischen Bedenken gehört, daß die Ersitzung die Betriebseinheitlichkeit der Übung und die verschiedene Wirkung des Vorbehalts bei Gratifikationen und Ruhegeldern nicht erklären könnte; denn der Vorbehalt beseitigt schlechthin die Gutgläubigkeit der Arbeitnehmer. Unerklärlich wäre auch, daß bei gestaffelten Gratifikationen der einzelne Arbeitnehmer mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit mehr fordern kann. Ersitzen könnte man doch höchstens, was man schon im Besitz hat.

9) Hierzu gehören ferner alle Leistungen, die fortlaufend gewährt werden, wie Wohnungsgeldzuschüsse, Lohnzulagen und Doppeldienstentschädigung. Vgl. hierzu oben S. 6 Note 8 und S. 7 Note 9.

1) Besonders deutlich Krause, 144 ff. Vgl. zum Rechtsschein und seinen Voraussetzungen ferner: Esser, Schuldrecht § 35, 8.; Staudinger-Weber A 297; Jacobi, Willenserklärung, 32; Baumbach-Duden, Einführung I Anm. 9, sowie aus der Rechtsprechung RG 145/155, 159.

2) Krause, 144; Oertmann ZHR 95/458.
Auch hier ist man sich einig, daß ein allgemeiner Rechtsscheinschutz nicht existiert. Vgl. Kunkel B 53/693, 694; Macris, 85; Weichner, 35; Larenz in Anm. zu LAG Stuttgart AP 51 Nr. 226 (292).

3) Man spricht vom Veranlassungsprinzip: Westermann, 230; Krause, 147.

4) Vgl. hierzu die Angaben unten Note 15.

5) Krause, 157.

1. Nach Ansicht von Weichner [6] kann der Rechtsschein die bisher ungelösten Fragen der betrieblichen Übung erklären: zahle der Arbeitgeber jahrelang, regelmäßig etwa Gratifikationen, ohne sich tatsächlich verpflichten zu wollen, so erwecke er doch wenigstens den Schein, er wolle auch in Zukunft leisten. Auf diesen objektiven Schein, den der Arbeitgeber selbst veranlaßt habe, vertrauten die Arbeitnehmer. Der Schein einer Erklärung soll nach dieser Ansicht die Erklärung ersetzen, so daß die Annahme der Arbeitnehmer zur vertraglichen Bindung führe.

2. Die Rechtsscheinlösung führt zu einer Reihe praktischer Ergebnisse: sie schließt sich eng an die Lösung der h.L. an und weist damit deren Vorzüge auf. [7] Sie kann dogmatisch stichfest begründen, warum es auf den inneren Willen des Arbeitgebers nicht ankommt und warum die Anfechtung wegen Irrtums ausscheidet. [8] In theoretischer Hinsicht spricht für sie, daß der Gedanke des Vertrauensschutzes eine zeitnahe und im Arbeitsrecht besonders berechtigte Lösung wäre. [9]

3. Die Lösung über den Rechtsschein scheitert aber vor allem [10] aus zwei Gründen:

---

6) Weichner, 37. Vgl. Staudinger-Weber A 297.

7) Es läßt sich erklären, warum der Vorbehalt in der Regel die Verpflichtung des Arbeitgebers ausschließt; denn der Vorbehalt zerstört den Schein einer Erklärung und damit die Anspruchsgrundlage (darauf weist zu Recht BAG 22.11.57 BB 58/631 unter 3. hin). Ferner ist das Verhalten des Arbeitgebers nur dort Scheintatbestand, wo die Auslegung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte den Schluß auf einen Geschäftswillen nahelegt. Wie bei der h.L., kann damit auf die Besonderheiten des Einzelfalles eingegangen werden. Die Rechtsscheinlösung erfaßt ferner den in der Praxis flüssigen Übergang vom "Rechtsscheinstatbestand" zu den Fällen zwanglos, in denen die Übung tatsächlich von einem Verpflichtungswillen des Arbeitgebers getragen ist.

8) Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zur vertraglichen Lösung der h.L.; denn die Rechtsfolge tritt nicht auf Grund des Willens ein (vgl. Krause, 157). Daß eine Ausweitung des Rechtsscheinsprinzips mit der Willensmängellehre in Konflikt geraten kann, betont Macris, Vollmacht, 76.

9) Denn das Arbeitsverhältnis ist vom Gedanken gegenseitiger Treue und Rücksichtnahme durchzogen. Vgl. hierzu etwa Hueck, Treuegedanken, 19; Staudinger-Weber A 290; Eichler, 38 ff.
Vgl. außerdem Wieacker, Das BGB im Wandel der Gesellschaftsordnungen, 13 über die verstärkte Stellung des Vertrauens im modernen Massenverkehr.

10) Die Lösung geht außerdem von der Voraussetzung aus, in der regelmäßigen Gratifikationszahlung liege der Schein einer Willenserklärung. Die Berechtigung, von einem Rechtsschein zu sprechen, liegt aber m.E. nur dann vor,

a) Zunächst kann der Rechtsschein nicht erklären, warum ein unmißverständlicher Vorbehalt des Arbeitgebers nicht stets jegliche Verpflichtung des Arbeitgebers aus betrieblicher Übung verhindert. [11] Der Vorbehalt des Arbeitgebers zerstört den Schein einer Erklärung und damit die Anspruchsgrundlage. [12] Jeder Vorbehalt müßte also verpflichtungshindernd wirken. [13] Warum aber etwa im Ruhegeldrecht trotz des Vorbehalts Ansprüche der Arbeitnehmer entstehen können, bleibt unerklärlich. [14]

b) Hinzu tritt folgender Einwand: Der Rechtsschein soll nur das Vertrauen [15]

Fortsetzung der Fußnote 10 von Seite 108:
wenn der äußere Tatbestand in irgendeinem Sinne typisch ist für eine bestimmte Rechtslage. Die Wiederholung müßte also typisch dafür sein, daß der Arbeitgeber in ihr seinen Willen äußert, in Zukunft ebenso zu verfahren, etwa weil ein Erfahrungssatz besteht, daß derjenige, der in drei aufeinanderfolgenden Jahren Gratifikationen verteilt, auch weiterhin gewähren will. Ein solcher Erfahrungssatz besteht nicht (Dagegen auch Hilger BB 50/819). Gerade im Arbeitsrecht zeigt sich, daß die wiederholte Gratifikationszahlung in der Regel kein Ausdruck eines Verpflichtungswillens war. Die dreimalige Wiederholung kann also auch nicht als "Schein" einer Willenserklärung aufgefaßt werden. Kritisch gegen eine Rechtsscheinslösung in solchen Fällen auch Staudinger-Coing, Vorbemerkung § 116 BGB Rdnr. 3 f. Während Eichler, Vertrauen, 102 allgemein rügt, es würden zu viele Erscheinungen mit dem Rechtsschein begründet.

11) Vgl. hierzu Rechtsprechungsübersicht oben S. 9 ff.

12) So zutreffend BAG 22.11.57 BB 58/631 unter 3.

13) Hier unterscheidet sich die Rechtsscheinslösung nicht von der vertraglichen Ansicht der h. L.

14) Gegen diese Kritik läßt sich nicht einwenden, die Ausschaltung des Vorbehalts im Ruhegeldrecht bilde gar keine Folge der betrieblichen Übung, sondern trete auf Grund des Charakters des Ruhegeldes als einer Existenzsicherung ein. Es zeigt sich nämlich, daß die Ausschaltung des Vorbehalts nicht nur auf das Ruhegeldrecht beschränkt ist. Auch im Gratifikationsrecht sind Ansätze vorhanden, nur dem aus sachlichen Gründen ausgeübten Vorbehalt Bedeutung zuzumessen. So sagt Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 117, die mißbräuchliche Berufung auf einen Vorbehalt sei allgemein unzulässig. Vgl. ferner LAG Stuttgart 21.1.59 BB 59/306, sowie die Rechtsprechungsübersicht oben S. 10 und 11. In diesen Fällen entsteht auch im Gratifikationsrecht eine Bindung.

15) Welcher Art das Vertrauen sein muß, läßt sich nicht für alle Sachgebiete allgemein sagen. Es liegt im Zuge unserer Rechtsentwicklung, daß es auch typisiertes Vertrauen gibt. So erwirbt auch gutgläubig, wer das Grundbuch gar nicht eingesehen hat. Hier reicht es aus, daß der Begünstigte die wahre Rechtslage nicht kannte.

schützen. Die Ansprüche der einzelnen Arbeitnehmer können deshalb nur dann als Rechtsfolgen eines gesetzten Scheins gelten, wenn feststeht, daß sie ohne das Vertrauen der Arbeitnehmer nicht eingetreten wären. Erwachsen die Ansprüche dagegen auch ohne den guten Glauben der einzelnen Arbeitnehmer, so läßt sich dies nicht mehr auf das Rechtsscheinprinzip zurückführen. [16]

Analysiert man unter diesem Gesichtspunkt die Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, so zeigt sich folgendes: Die Gerichte untersuchten nur, welchen Anschein das Verhalten des Arbeitgebers objektiv bot, und welchen Schluß die Arbeitnehmer allgemein daraus ziehen konnten. [17] Sie prüften damit allenfalls, ob für die in Frage kommenden Kreise der objektive Tatbestand eines Rechtsscheins vorlag. Ob die einzelnen Arbeitnehmer tatsächlich dem Schein vertrauten, oder ob sie etwa aus persönlicher Einsichtsmöglichkeit den entgegenstehenden Willen des Arbeitgebers kannten und damit bösgläubig waren, [18] interessierte nicht. Daraus zeigt sich, daß es bei der betrieblichen Übung nicht auf das tatsächliche Vertrauen der einzelnen Arbeitnehmer ankommt. Noch deutlicher wird dies im Urteil des RAG; [19] wo es um die Frage der Kenntnis und des Kennenmüssens von Umständen gehe, sei nicht die Kenntnis des einzelnen Arbeitnehmers, sondern die der gesamten Belegschaft entscheidend. Es sollte also die Rechtsfolge schon dann eintreten, wenn das Verhalten allgemein in einem bestimmten Sinn aufgefaßt werden konnte und damit schlüssig war. Ließ sich diese Schlüssigkeit feststellen, dann

---

16) So Krause, 159. Zum Erfordernis der Gutgläubigkeit ferner Staudinger-Weber A 291; Esser, Schuldrecht, § 35 unter 4. und 8.; Lange, 259; Jacobi, Willenserklärung, 32, 33; Gierke, Handelsrecht, 68;

17) Immer wieder finden sich dabei folgende Formulierungen: die Arbeitnehmer durften davon ausgehen, durften den Schluß ziehen, konnten sich verlassen, waren zur Annahme berechtigt, daß der Arbeitgeber weiter gewähren werde. Vgl. RAG ARS 9/357, 358; 10/539, 541, 542; 15/138, 139; 17/244, Leitsatz; 18/416, 417; 23/200, 201; 29/3, Leitsatz; 35/101, 102; 38/252, 256; LAG Berlin JW 31/2598; LAG Darmstadt ARS 24/29, 30.
Auch in der Literatur sind die Formulierungen in gleicher Weise abstrakt gehalten; vgl. etwa Hueck-Nipperdey I, 136, 282; derselbe Lehmann-Festschrift II, 638; Schnorr von Carolsfeld, 195; Köst, 24 (für Neueintretende) Graef, 45, 46; Heissmann, Ruhegeld, 61.

18) Man denke z.B. an folgenden Fall: Der Buchhalter entnimmt aus gelegentlichen Äußerungen seines Chefs, daß dieser die Gratifikationen nur freiwillig leisten will. Der Buchhalter kennt damit die wahre Sachlage und könnte nicht mehr auf den Schein einer Verpflichtung vertrauen.

19) RAG ARS 40/356, 359.

konnte jeder Arbeitnehmer, auch der bösgläubige, [20] der den entgegenstehenden Willen des Arbeitnehmers kannte, die Gratifikationen oder Ruhegelder fordern.

Die Ansprüche aus betrieblicher Übung setzen also das Vertrauen der Arbeitnehmer nicht voraus. [21] Der Rechtsschein als Grundlage muß deshalb ausscheiden.

KAPITEL 5
LÖSUNG

Vorbemerkung

Von der gesamten angeschnittenen Problematik der individuellen und kollektiven Tatbestände kann bisher nur ein Randproblem als gelöst gelten, nämlich, daß der Neueintretende sich auf eine bestehende betriebliche Übung berufen kann. Hier führt die Vertragsauslegung [1] zum Ziel. Dagegen wurde die eigentliche Problematik, die sich um die Entstehung einer verpflichtenden Übung rankt, dogmatisch noch nicht zufriedenstellend bewältigt.

§ 14 GRUNDSÄTZLICHES

I. Die bisherigen Untersuchungen zeigen, daß drei Fragenkreise im Mittelpunkt der Erörterungen stehen:

1. Worin liegt der Verpflichtungsgrund bei Üblichkeit der Leistungen, wenn doch der Verpflichtungswille des Arbeitgebers nicht herangezogen werden kann?

---

20) Deshalb kann man auch nicht auf das in Note 15 erwähnte typisierte Vertrauen verweisen. Der Vertrauensschutz findet nämlich auf alle Fälle dort seine Grenze, wo jemand die wahre Sach- und Rechtslage kennt.
Der Grundsatz der Betriebseinheitlichkeit (RAG ARS 40/215, 219) läßt sich also mit dem stark individualisierenden Vertrauensschutz (Raiser, Vertragsfunktion, 123) nicht erklären.

21) So mit Recht LAG Bremen 18.4.51 BB 51/530, 531. Kritisch ferner Frey AuR 60/302, 305; Nikisch I, 266 Note 47; während Larenz in Anm. zu AP Nr. 11 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche das Vertrauen der Arbeitnehmer grundsätzlich als mögliche Rechtsgrundlage ansieht.

1) Vgl. oben S. 72.

2. Welche Bedeutung und welche systematische Stellung kommt dem Vorbehalt zu? Wieso ist seine Wirkung verschieden?

3. Wie läßt sich erklären, daß die betriebliche Übung einheitlich entsteht und daß die Wirkung eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalts im ganzen Betrieb einheitlich ist?

II. Der eigentlichen Lösung mögen folgende zwei richtungsweisende Erwägungen vorausgeschickt werden:

1. Eine Reihe von Autoren [2] sucht den Verpflichtungsgrund bei Üblichkeit der Leistungen allein vom Tatbestand der betrieblichen Übung her zu erfassen. Ihre Lösungen sind deshalb nur auf kollektive Tatbestände zugeschnitten. Diese Ausgangsposition ist zu eng. Die Rechtsprechung zeigt nämlich, daß Ansprüche gegen den Arbeitgeber nicht nur bei Betriebsüblichkeit der Leistungen, sondern auch dann entstehen, wenn der Arbeitgeber einem einzelnen Arbeitnehmer regelmäßig Leistungen gewährt. [3] Die Bindung des Arbeitgebers ist also offenbar kein Problem, das mit dem kollektiven Handeln unlösbar verbunden ist. [4] Die Verpflichtung taucht vielmehr überall dort auf, wo der Arbeitgeber auf Grund des Arbeitsvertrages längere Zeit hindurch so regelmäßig Leistungen gewährt, daß sie üblich werden, mag er sich dabei an den einzelnen Arbeitnehmer oder an die Betriebsgemeinschaft wenden. Tritt die Verpflichtung des Arbeitgebers aber bei individuellen und kollektiven Tatbeständen gleichermaßen auf, so sollte sie dogmatisch auch einheitlich begründet werden. [5]

2. Für die überwiegende Lehre und Rechtsprechung bedeutet es einen prinzipiellen Unterschied, ob der Arbeitgeber vorbehaltlos oder unter Vorbehalt lei-

---

2) Vgl. hierzu in Kapitel 1 die Ansichten von Denecke, Galperin, Brecht, Fechner, sowie in Kapitel 3 die Lösungen von Hilger, Bötticher und Zeuner.

3) Zur Rechtsprechung über die individuellen Tatbestände vgl. oben S. 4, insbesondere RAG ARS 13/543, 545 und Leitsatz, das keine Allgemeinüblichkeit verlangt.

4) Richtig ist nur, daß im überindividuellen Raum der Schwerpunkt der praktischen Bedeutung liegt. Dies folgt schon daraus, daß bei der betrieblichen Übung der Kreis der Betroffenen weitergezogen ist.

5) Gelingt dies, so hat man nicht nur für das Arbeitsrecht eine Lösung gefunden, sondern man kann dann auch auf anderen Gebieten des Zivilrechts die Besonderheit vertragsergänzender Übungen erklären: so etwa den Mieterfall (RG JW 34/1644, 1645), wo ein Mieter jahrelang zuviel Mietzins entrichtete und deshalb weiterhin dazu verpflichtet wurde.

stet. [6] Nur die vorbehaltlose Übung könne zu Verpflichtungen des Arbeitgebers führen. Füge der Arbeitgeber dagegen der Übung einen Vorbehalt bei, so sei der Schluß auf einen Verpflichtungswillen verwehrt, [7] und die Übung könne nun - mangels Anspruchsgrundlage - keine Verpflichtung auslösen. [8]

Diese systematische Aufspaltung der Üblichkeit ist aus doppeltem Grund verfehlt: erstens beruht sie auf der falschen Voraussetzung, der positive Verpflichtungswille sei der eigentliche Verpflichtungsgrund. [9] Zweitens übersieht sie, daß der Vorbehalt in Wirklichkeit gar nicht die ihm zugedachte durchschlagende Rolle spielt. So kann im Ruhegeldrecht [10] und teilweise im Gratifikationsrecht [11] der Arbeitgeber trotz eines unmißverständlichen Vorbehaltes (etwa "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht") die üblichen Leistungen nur wegfallen lassen, wenn er sachliche Gründe für den plötzlichen Bruch mit der Übung darlegen kann. Trotz des Vorbehalts ist also eine Bindung des Arbeitgebers erstanden.

Dogmatisch läßt sich die beschränkte Bedeutung des Vorbehalts nur erklären, wenn man eine Anspruchsgrundlage findet, die vom Willen des Arbeitgebers derart unabhängig ist, daß sie nicht in sich zusammenbricht, wenn der Arbeitgeber unter Vorbehalt leistet. Der Vorbehalt verhindert dann nicht, daß Ansprüche auf Grund der Übung entstehen. [12] Vielmehr liegt seine Bedeutung nur noch darin, daß er dem Arbeitgeber das Recht sichert, die aus der Übung entstandene Verpflichtung zu gegebener Zeit wieder einseitig zu lösen: Er ist also nur noch Widerrufsvorbehalt und kann bei der Suche nach einer Anspruchsgrundlage vorerst außer Betracht bleiben.

---

6) Die Aufspaltung der einheitlichen, tatsächlichen Erscheinung findet sich überall dort, wo der Verpflichtungswille als Rechtsgrund der verpflichtenden Wirkung üblicher Leistungen angesehen wird.

7) So ausdrücklich BAG 22.11.57 BB 58/631 unter 3.

8) So bezeichnet Fauth B 62/1469, 1471 die Wiederholung als unerheblich, wenn der Arbeitgeber unter Vorbehalt leiste.

9) Damit wird der Brauch, die Gepflogenheit, die tatsächliche Übung ganz in das vorgegebene System der Willenserklärung zu zwängen versucht. Vgl. hierzu die kritischen Bemerkungen oben S. 65.

10) Vgl. BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt und ebenso Hilger, Ruhegeld, 140; Schlessmann, Arbeitsvertrag, 245.

11) Vgl. Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 117; derselbe DAR 42, 133, 135; Staudinger-Weber A 314 (anders aber A 351); Zigan, Weihnachtsgratifikation, 14.

12) Die Rechtsfolgen knüpfen dann sachgerecht an die äußeren sichtbaren Geschehnisse an. Dagegen setzt der verpflichtungsbegründende Tatbestand nicht negativ voraus, daß ein Vorbehalt unterblieben ist. Dies ist bisher zu Unrecht nicht genügend beachtet worden.

§ 15 DIE ÜBLICHKEIT ALS SOZIALTYPISCHES VERHALTEN

I. DER INDIVIDUELLE TATBESTAND

1. Geht man zunächst vom individuellen Tatbestand aus, bei dem der Arbeitgeber einem einzelnen regelmäßig Gratifikationen, Ruhegelder oder Tantiemen gewährt, so lassen sich auf Grund der seitherigen Untersuchungen folgende verpflichtungsbegründenden Elemente herausschälen:

a) Der Arbeitgeber gewährt freiwillig seinem Arbeitnehmer, in Ausnahmefällen dessen Hinterbliebenen [1] längere Zeit hindurch bestimmte Leistungen so regelmäßig, daß sie üblich werden.

b) Der Arbeitnehmer oder die Hinterbliebenen nehmen die Leistungen längere Zeit hindurch an.

c) Es handelt sich um Leistungen, die typischerweise auf Grund des Arbeitsverhältnisses geschuldet werden können. Dies soll noch erläutert werden.[2]

2. Der Verpflichtungstatbestand ist also

a) einmal durch ein bestimmtes, tatsächliches Verhalten der Parteien, nämlich durch die längere Zeit währende, regelmäßige Hingabe und Hinnahme von Leistungen gekennzeichnet. Allein dieses korrespondierende Verhalten ruft unter den genannten Voraussetzungen die Verpflichtung ins Leben. Insbesondere muß kein Verpflichtungswille des Arbeitgebers hinzutreten, um die Verpflichtung auszulösen.[3] Ebensowenig bedarf es besonderer Umstände, die auf einen solchen Willen des Arbeitgebers schließen lassen.[4]

---

1) Für den Regelfall spielt sich das Problem unter Vertragspartnern ab, wobei im Falle des Ruhegelds das Vertragsverhältnis auch beendet sein kann. Diese regelmäßige, personelle Begrenzung auf die Vertragspartner wird bei den Hinterbliebenenrenten zugunsten solcher Personen durchbrochen, die anerkanntermaßen aus dem Arbeitsvertrag (im Wege des Vertrages zugunsten Dritter) Rechte herleiten können.

2) Vgl. im einzelnen unten S. 115, 116.

3) A.A.h.L. Vgl. statt aller Hueck-Nipperdey I, 136 und die in S. 61 Note 6 genannten Autoren, die behaupten, ohne und gegen den Willen des Arbeitgebers könne keine verpflichtende Übung entstehen.

4) Dies wird in Literatur und Rechtsprechung ebenfalls gerne verkannt (LAG Heidelberg 21.2.49 BB 50 815 = AP 5[illegible] Nr. 24[illegible] Ziegan B 52 1010; Hilger BB 50/819). Von dogmatischen Vorurteilen belastet, läßt man eine Verpflichtung nur dort entstehen, wo das Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung

b) Charakteristisch ist ferner die Art der Leistungen. Die bloße Üblichkeit führt nämlich allein von sich aus zu keiner Verpflichtung. Nur wenn sie sich an bestimmten Leistungen entwickelt, wirkt sie verpflichtend.

aa) Die Besonderheit der Leistungen liegt zunächst darin, daß sie auf Grund des Arbeitsverhältnisses gewährt werden; der Arbeitgeber verteilt sie nur, weil der Arbeitnehmer ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat und zu ihm in arbeitsrechtliche Beziehungen getreten ist. Dies wird besonders deutlich bei Leistungen, die als Arbeitsentgelt im weiten Sinne anzusprechen sind,[5] wie Lohnzulagen, Doppeldienstentschädigungen, Gratifikationen, Tantiemen ect. Aber auch bei Ruhegeldern und Hinterbliebenenrenten handelt es sich nicht um bloße Schenkungen.[6] Vielmehr wurzelt auch hier die Freigebigkeit des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis, aus dem heraus sich der Arbeitgeber für das Wohl des Arbeitnehmers verantwortlich fühlt. Fehlt dieser arbeitsrechtliche Zusammenhang völlig, wie etwa zwischen Postbote und Briefempfänger, so führt auch ein jahrelang gewährtes Weihnachtsgeld zu keiner Verpflichtung.[7]

bb) Die Eigenart der Leistungen liegt ferner darin, daß sie typischerweise auf Grund des betreffenden Arbeitsverhältnisses geschuldet werden können. Dies ist der Fall, wenn die Leistungen zu den anerkannten arbeitsrechtlichen Lohn- und Unterhaltsformen gehören.[8] So fallen Ruhegeld, Witwen- und Hinterbliebenen-

---

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 114:
"aller Umstände" auf einen Verpflichtungswillen schließen lasse. Die bloße Üblichkeit der Leistungen soll nicht ausreichen. Dies kann deshalb nicht richtig sein, weil im Regelfall bei einer Gratifikations- oder Ruhegeldzahlung gar keine "besonderen Umstände" vorliegen, die man würdigen könnte. Soweit deshalb auch die Rechtsprechung besondere Umstände verwertete, dienten sie im Ergebnis nicht dazu, die Verpflichtung des Arbeitgebers zu begründen, sondern sie im Einzelfall zu unterbinden oder zu modifizieren (zutreffend Schlessmann B 60/1335). Vgl. BAG 24.1.56 AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gratifikation, Leitsatz, vom 3.4.57 AP Nr. 6 ebenda Bl. 2 RS, sowie RAG ARS 29/209, 210.

5) Vgl. etwa die Darstellung bei Nikisch I, 400, wo Gratifikationen, Tantiemen etc. als besondere Lohnformen aufgeführt werden.

6) H.L. vgl. statt aller Nikisch I, 575.

7) So im Ergebnis auch Hilger BB 50/819, die dies jedoch darauf zurückführt, daß nicht in jeder vorbehaltlosen, regelmäßigen Zuwendung ein Verpflichtungswille des Leistenden liege.

8) Soweit die Leistungen in Geld bestehen, werden sie - wie eine Durchsicht der Rechtsprechung zeigt - regelmäßig verrechtlicht werden können, da dann der Vergütungscharakter besonders klar zutage tritt (vgl. etwa als Ausnahme LAG Hannover 3.8.53 AP 54 Nr. 14). Soweit die Leistungen dagegen nicht in Geld bestehen, muß stets festgestellt werden, ob sie zu den anerkannten Lohnformen gehören.

renten unter die typisch arbeitsrechtlichen Unterhaltsleistungen, während Doppeldienstentschädigungen, Lohnzulagen, pauschalierte Überstundenvergütungen, Gratifikationen aller Art, Tantiemen und Prämien zu den Lohnformen zu rechnen sind [9]; denn sie dienen der Vergütung für geleistete Arbeit und sind somit Gegenleistungen im weiten Sinn. Der Entgeltcharakter der Leistungen wird zudem dadurch verdeutlicht, daß für sie Lohnsteuer [10] zu zahlen ist. [11]

Gehören die Leistungen dagegen nicht zu den anerkannten arbeitsrechtlichen Lohn- oder Unterhaltsformen, gewährt etwa ein Arbeitgeber der Metallindustrie jährlich ein gemeinsames Essen oder einen Freibierausschank [12], so entsteht trotz entsprechender Übung kein Rechtsanspruch.

c) Da die Verpflichtung allein aus der Üblichkeit bestimmter Leistungen entsteht, so ist sie zwar vom Verpflichtungswillen des Arbeitgebers unabhängig. Andrerseits zeigt sich aber, daß die Bindung nur entsteht, wenn die Parteien tätig geworden sind und eine Übung eingeführt haben, also wenn sie Initiative entfaltet haben. Insoweit ist es in die Hand der Parteien gegeben, ob die Bindung entstehen soll oder nicht. [13]

3. Will man die aus der Übung entstehende Bindung ins geltende Recht einordnen, so bietet sich als Rechtsgrundlage in erster Linie [14] der Vertrag an:

---

9) Vgl. etwa die Darstellung von Nikisch I, 400, 407, 409 ff.

10) Hohn, Die Weihnachtsgratifikation, Beilage zu Heft 26/62 des Betriebsberaters S. 7 und § 19 EStG.

11) Daß Gratifikationen, Tantiemen und Prämien besondere Lohnformen sind, zeigt sich auch dort, wo aus irgendeinem Grunde Rechtsansprüche auf die Leistungen erwachsen sind. Dann genießen die Leistungen Pfändungsschutz (§ 850 Abs. 1 ZPO und § 850 a ZPO) und sind hinsichtlich der Verjährung (§ 196 Abs. 1 Ziff. 8 BGB, Nikisch I, 415) und im Konkurs (§ 61 Ziff. 1 KO, Nikisch I, 415) dem eigentlichen Lohn gleichgestellt.

12) Dies liegt, wie in Note 8 angedeutet ist, nicht etwa daran, daß nur auf Geld, nicht auch auf Naturalleistungen Ansprüche erworben werden könnten. Bei entsprechender Übung können etwa auf Deputate durchaus Ansprüche entstehen. Doch müssen die nicht in Geld bestehenden Leistungen dann als mögliche und anerkannte Formen der Entlohnung betrachtet werden können. Wollte man bei allen Leistungen Ansprüche entstehen lassen, so würde man die Freiheit des Arbeitgebers mehr einschränken als dies zum Schutze der Arbeitnehmer erforderlich ist.

13) Die Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden also nicht ohne ihr Zutun einer Ordnung unterworfen.

14) H.L. Für die individuellen Tatbestände vertreten dies auch Hilger, Ruhegeld, 51 und Bötticher RdA 53/161, 163, die lediglich bei der betrieblichen Übung eine andere Rechtsgrundlage verfechten.

a) Dies ergibt sich zunächst allgemein aus der Funktion des Vertrages, der innerhalb der Rechtsordnung dazu da ist, die Beziehungen zwischen den einzelnen Menschen zu regeln, [15] soweit die Beziehungen von ihnen selbst gewählt werden, also auf ihrer Initiative beruhen.

b) Für die vertragliche Erfassung der Verpflichtung spricht zudem folgende Überlegung: Auch wenn die Bindung des Arbeitgebers regelmäßig gerade ohne dessen Verpflichtungswillen entsteht, so ist es doch möglich, daß sich der Arbeitgeber zu den regelmäßigen Gratifikationen, Lohnzulagen, Ruhegelder verpflichten will und diesen Willen äußert. [16] Dann tritt unbestritten [17] eine vertragliche Bindung ein. Ob im Einzelfall aber die tatsächlichen Zahlungen oder eine zusätzliche Vereinbarung die Verpflichtung auslösen, läßt sich in der Praxis häufig nicht mit der nötigen Sicherheit sagen, weil die Tatbestände ineinander übergehen, etwa wenn die ständigen Zahlungen von unklaren Bemerkungen oder bruchstückhaften Abreden begleitet werden. [18] Ist aber die Grenze zwischen beiden Tatbeständen flüssig, so sollte auch bei bloßer Üblichkeit der Leistungen dieselbe, d.h. eine vertragliche Bindung entstehen.

4. Eine vertragliche Bindung entsteht nach dem BGB durch Angebot und Annahme, [19] wobei das BGB davon ausgeht, daß sich Angebot und Annahme als zwei korrespondierende Willenserklärungen darstellen. [20] Hält man die traditionelle Willenseinigung für die einzig zulässige Möglichkeit, einen Vertrag zu schließen, so wird man allein auf Grund der Üblichkeit der Gratifikations- oder Ruhegeldszahlungen keine vertragliche Bindung erreichen können; denn ein übliches Verhalten allein ist noch keine Willenserklärung. Alle Versuche, diesen Unterschied hinwegzuinterpretieren [21], sind zum Scheitern verurteilt. Die Üblich-

---

15) Raiser, Vertragsfunktion, 104.

16) Dies ist vor allem dann denkbar, wenn der Arbeitgeber sich nur ein Widerrufsrecht vorbehält, wenn er also eine Bindung eingehen, sich aber auch das Recht sichern will, die eingegangene Bindung einseitig wieder zu lösen.

17) Nur im Bereich der kollektiven Zusagen des Arbeitgebers wird dies von Hilger und Böttcher aaO. bestritten. Vgl. oben Note 14.

18) Dies geschieht bei individuellen Tatbeständen relativ häufig. Hier herrscht die persönliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor. Die regelmäßige Gratifikations- oder Ruhegeldgewährung wird leicht zu einer persönlichen Auszeichnung des Arbeitnehmers, die mit Äußerungen, Wünschen, Dankesbezeugungen oder Absprachen verbunden ist.

19) § 151 BGB.

20) Vgl. statt aller Lehmann, Allgemeiner Teil, 140.

21) Sie sollten nur das Dogma von der ausschließlichen Gültigkeit des Willensprinzips bei Vertragsschluß aufrecht erhalten. Sie sind deshalb als unzulässige

keit der Gratifikationen oder Ruhegelder kann deshalb nur dann eine vertragliche Bindung auslösen, wenn man zuläßt, daß ein Vertragsverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen auch durch ein selbstgewähltes Verhalten begründet werden kann.

a) Daß ein Verhalten ein nach vertraglichen Regeln zu behandelndes Schuldverhältnis auslösen kann, ist im Gesetz selbst in §§ 568, 612 Abs. 1, 625, 632 Abs. 1, 653 Abs. 1, 689 BGB ausdrücklich normiert. Die vertragliche Leistungspflicht entspringt hier nicht dem Parteiwillen. [22] Sie ist von Gesetzes wegen an das bloße Verhalten geknüpft. [23]

b) Auch außerhalb des Gesetzes haben sich im Wege der Rechtsfortbildung Tatbestände herausgebildet, bei denen nicht die herkömmliche Willenseinigung, sondern ein bestimmtes Verhalten vertragliche Bindungen auslöst. Dies zeigt sich an den Tatbeständen mit normierter Wirkung. [24] Hier stattet das Gewohnheitsrecht oder eine normierende Verkehrssitte [25] ohne Ableitung aus dem Parteiwil-

---

Fortsetzung der Fußnote 21 von Seite 117:
petitio principii nicht statthaft. Die h.L. mußte, um das Dogma aufrecht zu erhalten, in jedem einzelnen Fall nachweisen, daß das Verhalten wenigstens hier "unter Berücksichtigung aller Umstände" als Willenserklärung aufzufassen sei. Bedenkt man aber, daß sich viele Leitsätze damit begnügen, eine dreimalige Zahlung einer Gratifikation zu Rechtsansprüchen führen zu lassen, so wird der Bruch offenbar.

22) Die Rechtsfolgen können deshalb nicht wegen Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 BGB angefochten werden.

23) Die Rechtsfolge ist also vom Willen des Betroffenen, vom guten Glauben des Begünstigten und auch davon unabhängig, ob sich das Verhalten im Einzelfall in einem bestimmten Sinn auslegen läßt. Die gesetzliche Normierung dient deshalb dazu, schematisch eine Rechtsfolge auszulösen und ein Ergebnis zu sichern.

24) Vgl. hierzu Krause, 142.

25) Die Möglichkeit, daß Gewohnheitsrecht oder eine normierende Verkehrssitte einem Verhalten Rechtswirkungen beimißt, wird in der Literatur zunehmend anerkannt. Vgl. hierzu Raiser, Vertragsfunktion, 125, 126 (Verkehrssitte); derselbe Geschäftsbedingungen, 83; Lehmann, Allgemeiner Teil, 195 (Verkehrssitte); Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 153 IV B 1 (Rechtsordnung); Krause, 128; Godin RGRK HGB Anm. 17 S. 52; Larenz, Lehrbuch I, 65 (Gewohnheitsrecht); Manigk, Verhalten, 281, 283 (Verkehrssitte); Soergel-Siebert Rdnr. 29 vor § 616 BGB.
Um die normierende Kraft der Verkehrssitte zu erkennen, muß man die Doppeldeutigkeit der Verkehrssitte darlegen. Die Verkehrssitte ist nicht nur eine tatsächliche Übung i.S. regelmäßig wiederkehrender Ereignisse. Die Verkehrs-

len [26] ein Verhalten unmittelbar mit verpflichtender Wirkung aus. Hauptbeispiel ist das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben [27], das nach der Verkehrsanschauung als Zustimmung zum Inhalt des Schreibens "gilt". Dabei ist belanglos, ob der Schweigende zustimmen will, ob der Vertragspartner auf eine Zustimmung vertraut, [28] oder ob sich das Verhalten im konkreten Fall auslegen läßt. Die Sonderbewertung des Verhaltens [29] beruht deshalb nicht auf einer Rechtsähnlichkeit mit der Willenserklärung. [30] Vielmehr wird es nach der Ver-

---

Fortsetzung der Fußnote 25 von Seite 118:
sitte ist darüber hinaus, wenn sie das Verhalten einer größeren Gruppe umfaßt, auch als Maxime anzusehen, nach der die Beteiligten ihr Handeln und ihren Willen richten (Raiser, Geschäftsbedingungen,83; Godin RGRK HGB § 346 2 II S. 21). Durch diese Sanktion des Tatsächlichen wird die Verkehrssitte über die bloße Tatsächlichkeit hinausgehoben und wird zu einer normativen Regel. Das Verhältnis der normierenden Verkehrssitte zum Gewohnheitsrecht ist streitig. Während Raiser, aaO. S. 86 das Gewohnheitsrecht als jus cogens, die Verkehrssitte als dispositive Rechtssätze bezeichnet, wird vielfach zwischen beiden nur ein Gradunterschied angenommen.

26) Da die Rechtsfolgen auf dem Parteiwillen beruhen, können sie auch nicht wegen Inhaltsirrtums angefochten werden (Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, 28).

27) Vgl. hierzu Krause, 125, 128. Weitere Beispiele bieten etwa die langjährige Hinnahme einer Satzungsbestimmung, oder das Schweigen auf eine Offerte, die jemand auf ein freibleibendes Angebot abgegeben hat. In allen Fällen liegt keine Willenserklärung vor. Die Rechtsordnung normiert vielmehr die Wirkungen des Verhaltens.

28) Die normierte Wirkung trifft Gerechte und Ungerechte (Krause, 159); denn die Beurteilung durch Dritte spielt keine Rolle. Selbst die positive Kenntnis des entgegenstehenden Willens ist unschädlich (Krause aaO., 142).

29) Wenn Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 153 IV hier von einer unechten Willenserklärung spricht, so schafft er damit einen Begriff, aber keine Begründung für die eintretende Rechtsfolge. Wenn nur eine Willenserklärung zu Verträgen führen kann, so müßte gerade die unechte Willenserklärung dazu nicht in der Lage sein; denn sie bezieht sich nicht auf den autonomen Willen und ist deshalb in einem entscheidenden Merkmal rechtsunähnlich. Die Bezeichnung des Verhaltens als unechte Willenserklärung ist höchstens irreführend, weil sie den Eindruck erweckt, das Verhalten erhalte vom Begriff der Willenserklärung her seine rechtliche Relevanz.

30) Darauf baut Coings Lehre (Staudinger-Coing Vorbemerkung § 116 Rdnr. 3 f unter c) von der Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens auf. Der Begriff der Schlüssigkeit ist aber ein Begriff der Auslegung und nur Willenserklä-

kehrsanschauung im Hinblick auf die besonderen Bedürfnisse des Sachzusammenhangs bei bestimmten Tatbeständen als sachgerecht und angemessen empfunden, die Rechtsfolgen unmittelbar an ein äußeres Verhalten anzuknüpfen. [31]

c) Daß ein Verhalten zu einer vertraglichen Bindung führen kann, hat die Zivilrechtslehre und die Rechtsprechung jedoch vor allem im Rahmen der faktischen Verträge anerkannt, soweit es sich hier um die Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten handelt. [32] Bei den gleichartigen Fällen des modernen Massenverkehrs hat sich nämlich gezeigt, daß die bloße Benutzung einer Straßenbahn, einer Fähre, eines Autobusses zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet und eine vertragliche Bindung hervorruft. [33] Die Inanspruchnahme dieser Leistungen ist nach Larenz [34] die sozialtypische Antwort auf das Leistungsangebot und hat die sozialtypische Bedeutung eines Verpflichtungsgrundes, weil eine solche Wertung der allgemeinen und in obergerichtlichen Entscheidungen bestätigten Rechts-

---

Fortsetzung der Fußnote 30 von Seite 119:
rungen können ausgelegt werden. Dagegen ist es unlogisch, ein Verhalten, von dem feststeht, daß es gerade keine Willenserklärung ist, einer Sinndeutung zu unterwerfen. Denn es steht ja fest, daß der Betroffene mit seiner Lebensäußerung keine deutbare Mitteilung machen wollte, und jede Berechtigung einer "Auslegung" ist damit geschwunden. Vernünftigerweise kann man nur sagen, daß ein Verhalten nach der Verkehrsanschauung im Wege einer Wertung einer Willenserklärung gleichgestellt wird, weil es im Hinblick auf einen Zweck sachgerecht oder richtig ist.
Bedenklich ist es auch, wenn Cöing aaO. Rdnr. 3 f das Vertrauensprinzip als Rechtsgrundlage angibt. Der Vertrauensschutz ist zu sehr individualisierend (Raiser, Vertragsfunktion, 123) und findet jedenfalls seine Grenze an der Bösgläubigkeit der Arbeitnehmer. Vgl. oben S. 109 f.

31) Damit dient die Normierung der Schematisierung des Verkehrs. Die normierende Wirkung verallgemeinert, typisiert, soll Massenerscheinungen bewältigen und ist Feind individueller Gestaltung. So Krause, 143.

32) Vgl. hierzu grundlegend Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 21 ff. Ferner u. a. Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, 12 ff; Smitis, 463 ff; Raiser, Vertragsfunktion, 125; Betti, Lehmann-Festschrift, 253 ff; Larenz, Schuldrecht I, S. 33, den Parkplatzfall des BGH v. 14.7.56 BGHZ 21/319, 333 ff, wobei es darum geht, ob die tatsächliche Inanspruchnahme eines gebührenpflichtigen Parkplatzes ohne Rücksicht auf den Willen des Benutzers eine vertragliche Pflicht zur Entrichtung der Parkgebühr nach sich zieht.

33) Vgl. aus neuerer Zeit vor allem Larenz, Schuldrecht I, 33.

34) NJW 56/1899; derselbe Schuldrecht I, 34; derselbe DRiZ 58/247.

überzeugung im Verkehr entspricht.[34a] Es ist deshalb nicht nötig, daß sich der Benutzer verpflichten will, oder daß sein Verhalten als entsprechende Erklärung aufzufassen ist.[35] Folgerichtig kann er die entstehende Verpflichtung auch wegen Irrtums nicht anfechten;[36] denn sie tritt ein, weil die Inanspruchnahme einer öffentlich angebotenen Leistung im Verkehr als verpflichtungsbegründend gewertet wird[37]. Zu beachten ist, daß sich die Verpflichtung aus sozialtypischem Verhalten im Rahmen einer modifizierten Privatautonomie hält;[38] denn es steht dem einzelnen rechtlich frei, ob er eine Straßenbahn, Fähre etc. benützen will.

Ob man die aus sozialtypischem Verhalten entspringende Bindung als Vertrag oder lediglich als ein nach vertraglichen Regeln zu behandelndes Schuldverhältnis ansieht, ist nur von theoretischem Interesse[39], da die Abwicklung in jedem Fall vertraglichen Regeln folgt. Einen Vertrag wird man annehmen, wenn man die Willenseinigung nicht als unerläßliches Element des Vertragsschlusses betrachtet.[40] Dies wird erleichtert, wenn man mit Raiser[41] vom genetischen[42] auf ein funktionales Vertragsprinzip umschwenkt[43]. Dann betrachtet man den Vertrag nicht

---

34a) DRiZ 58/247; derselbe NJW 56/1899; derselbe Schuldrecht I, 34. Dem entspricht es, wenn Raiser, Vertragsfunktion, 125 in den Fällen des Massenverkehrs davon spricht, die normierende Verkehrssitte statte das Verhalten mit den Wirkungen von Angebot und Annahme aus.

35) Dies hat der BGH im Parkplatzfall ebenfalls entschieden. Er hat die ausdrückliche Verwahrung des Parkplatzbenützers, er wolle keinen Vertrag abschließen, für unbeachtlich erklärt.

36) Larenz, Schuldrecht I, 35.

37) Die Anerkennung des sozialtypischen Verhaltens liegt damit auf der gleichen Ebene wie die Entwicklung der Tatbestände mit normierter Wirkung. So mit Recht Betti, Lehmann-Festschrift, 257.

38) Larenz NJW 56/1899, derselbe Schuldrecht I, 34, derselbe DRiZ 58/248; Raiser, Vertragsfunktion, 124, der von einer Zone verdünnter Freiheit spricht.

39) Vgl. hierzu Esser AcP 157/96, Larenz NJW 56/1900.

40) Der Vertrag kann dann grundsätzlich auf zwei Weisen begründet werden: durch rechtsgeschäftliche Willenseinigung und durch sozialtypisches Verhalten.

41) Vertragsfunktion, 101 ff.

42) Ein genetisches Vertragsprinzip beherrscht vor allem das Römische Obligationenrecht und war deshalb auch Ausgangspunkt des BGB. Dabei sieht man den tieferen Grund für die Betonung des formellen Abschlusses gelegentlich darin, daß das Zusammenwirken beider Parteien eine sachliche Gewähr für die Richtigkeit der vereinbarten Regelung biete (Schmidt-Rimpler AcP 47/130 ff). Dies ist aber sicherlich dann bedenklich, wenn das Kräftegleichgewicht zwischen den Partnern sich zugunsten einer Vertragspartei verschiebt.

43) Im Rahmen dieser Untersuchung muß es genügen, die Möglichkeit einer solchen Betrachtungsweise aufzuzeigen und die daraus entspringenden Rechtsfolgen darzulegen.

in erster Linie vom Entstehungstatbestand her, sondern im Lichte seiner Funktion. Die Funktion des Vertrages liegt darin, im herrschaftsfreien Raum der Selbstbestimmung der Parteien zu dienen und die von ihnen geschaffenen Beziehungen rechtlich zu ordnen [44]). Für die Bewertung des Vertrages ist deshalb entscheidend, daß die Bindung selbstgeschaffen ist und auf Parteiinitiative beruht und daß sie sich nicht als vorgegebene oder auferlegte Ordnung entpuppt [45]); denn dann ist die Parteiautonomie in modifizierter Form gewahrt. [46]) Rückt man die Funktion des Vertrages so in den Vordergrund, dann wird die Frage des formellen Vertragsabschlusses zwar nicht gleichgültig, aber ihre Bedeutung tritt zurück. Man kann dann auch dort von einem Vertrag sprechen, wo sich die Begründung ausnahmsweise [47]) durch ein sozialtypisches Verhalten vollzieht; denn auch hier ist die Parteiautonomie gewahrt.

5. Anerkennt man grundsätzlich, daß ein sozialtypisches Verhalten vertragliche Leistungspflichten auslösen kann, so ist damit der Schlüssel zur verpflichtenden Wirkung üblicher Leistungen im Arbeitsrecht gefunden. Auch die übliche Hingabe und Hinnahme bestimmter arbeitsrechtlicher Leistungen stellt nämlich ein sozialtypisches Verhalten dar. Auch hier wird entsprechend den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ein parteiautonomes Verhalten mit der Wirkung ausgestattet, ein Vertragsverhältnis zu begründen.

a) Auch bei der Üblichkeit zeigt sich zunächst, daß die Rechtswirkungen an das bloße äußere Verhalten anknüpfen, sich also nicht auf den Willen des Arbeitgebers gründen [48]) und deshalb nicht anfechtbar sind [49]). Ferner spielt es keine Rolle, ob das Verhalten im konkreten Fall in einem bestimmten Sinne deutbar war. [50]) Ebenso ist es belanglos, ob die Arbeitnehmer gutgläubig sind und im konkreten Fall auf die Fortzahlung vertrauen. Wie beim sozialtypischen Verhalten im Massenverkehr tritt danach auch hier eine schematische Rechtsfolge ein. Schließlich hält sich auch die aus der Üblichkeit entspringende Verpflichtung im Rahmen einer modifizierten Parteiautonomie [51]); denn es steht dem Arbeitgeber frei, ob er die Übung einführen will oder nicht.

---

44) Raiser aaO., 104.
45) Raiser aaO., 123.
46) Es steht den Parteien frei, sich auf die betreffenden Situationen einzulassen und ihr Verhalten darauf abzustimmen. Raiser aaO., 124.
47) Der Willenskonsens ist also weiterhin der normale Weg, Verträge einzugehen.
48) Vgl. oben S. 66.
49) Vgl. oben S. 67.
50) Vgl. oben S. 110.
51) Vgl. oben S. 116.

b) Der Grund, warum sich auch außerhalb des Massenverkehrs [52] ein sozialtypisches Verhalten entwickelt hat und warum in der Rechtsprechung der Grundsatz herausgeschält wurde, daß der Übung bei bestimmten arbeitsrechtlichen Leistungen sozialtypische Bedeutung zukommt, liegt in folgendem:

aa) Erhält jemand längere Zeit hindurch regelmäßig Leistungen, so liegt es in der Natur des Menschen, daß er nach einer gewissen Dauer den tatsächlichen Zustand als den normalen ansieht, deshalb mit der Fortzahlung rechnet, sie einplant und seine Haushaltführung entsprechend einstellt. [53] Zwar muß nicht jeder Leistungsempfänger im konkreten Fall auf die Fortzahlung vertrauen, [54] aber ein solches Rechnen mit der Wiederholung ist die typische und normale Reaktion auf die wiederholte Leistungsgewährung. Der Leistungsempfänger wird also fordern: was lange Zeit so war, soll auch in Zukunft so bleiben, wer A sagt muß auch B sagen.

bb) Diese aus der Übung entspringenden Kontinuitätsinteressen können von der Rechtsordnung jedoch nicht schlechthin geschützt [55] werden, da das Interesse des Leistenden entgegensteht, der seine Freiheit wahren will. Im Arbeitsrecht [56] entsteht eine Verpflichtung jedoch deshalb, weil der Sachzusammenhang und der Charakter bestimmter Leistungen den Schutz der Arbeitnehmer besonders fordern. Denn einmal werden die zusätzlichen Leistungen wie Gratifikationen und Ruhegelder auf Grund des Arbeitsverhältnisses gewährt. Es handelt sich also um keine bloßen Schenkungen. [57] Vielmehr hat der Arbeitnehmer durch seine eigene Arbeit die Ursache für die Zuwendungen gesetzt. Die Arbeitnehmer verlangen also nicht nur, der Arbeitgeber solle ihnen auch weiterhin etwas schenken. Vielmehr liegt

---

52) Raiser, Vertragsfunktion, 126 befürwortet, es solle sehr wachsam geprüft werden, ob die vertragliche Bindung die Beziehungen angemessen ordne und will aus dem typengenormten Massenverkehr ein begrenztes Merkmal gewinnen. Die Eigenart des arbeitsrechtlichen Tatbestands hat aber dazu geführt, daß im Verkehr auch in der Üblichkeit bestimmter arbeitsrechtlicher Leistungen ein sozialtypisches Verhalten gesehen wird.

53) Diese Gedanken kamen deshalb auch häufig in den Entscheidungen des RAG zum Ausdruck. Vgl. RAG ARS 9/357, 358; 10/539, 541, 542; 15/138, 139; 23/200, 201 und aus der Literatur etwa Hueck-Nipperdey I, 136, 282, sowie die oben S. 110 Note 17 genannten Entscheidungen und Autoren.

54) Vgl. oben S. 122 und S. 110.

55) Vgl. etwa das von Hilger BB 50/819 genannte Beispiel, daß zwischen Postbote und Briefempfänger auch ein jahrelang gewährtes Weihnachtsgeld zu keiner Rechtspflicht führe.

56) Der Tatbestand der verpflichtenden Wirkung üblicher Leistungen ist jedoch nicht nur auf das Arbeitsrecht beschränkt. Auch auf anderen Rechtsgebieten haben sich unter engen Voraussetzungen Ansätze gezeigt, eine Verpflichtung entstehen zu lassen. Vgl. etwa im Mietrecht RG JW 34/1644, 1645, sowie allgemein Staudinger-Weber A 290.

57) Vgl. oben S. 115.

in ihrer Erwartung, der Arbeitgeber werde auch in Zukunft die Arbeit in gleicher Weise vergüten und seinem im Arbeitsverhältnis wurzelndes Verantwortungsbewußtsein in gleicher Weise nachkommen. Zum andern handelt es sich um Leistungen, die typischerweise auf Grund des betreffenden Arbeitsverhältnisses geschuldet werden können. Ihre Verrechtlichung bedeutet also nichts Ungewöhnliches, und der Arbeitnehmer erwartet keine atypische Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Bei diesen Leistungen kann es dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, in dauernder Unsicherheit zu leben. Deshalb ist es berechtigt, die Kontinuitätsinteressen der Arbeitnehmer dort zu schützen, wo es sich um Lohnformen wie Doppeldienstentschädigungen, Lohnzulagen, Gratifikationen, Tantiemen oder Prämien handelt oder um Unterhaltsformen, wie Ruhegeld, Witwen- und Hinterbliebenenrenten.

Die Besonderheit der Unterhaltsleistungen liegt darüber hinaus darin, daß sie der Existenzsicherung nach Ende des Arbeitsverhältnisses dienen.[58] Ihre plötzliche Einstellung kann den Arbeitnehmer oder die Hinterbliebenen empfindlich treffen. So kann es sein, daß sie den Unterhalt nicht oder nicht mehr ausreichend verdienen und andere Ruhegehaltsquellen nicht mehr erschließen können. Soweit es um Ruhegelder geht, sind deshalb die Interessen der Arbeitnehmer besonders schutzbedürftig.[59] Dies kann dazu führen, daß die Bindung bei Lohnformen und Unterhaltsleistungen verschiedene Ausmaße annimmt.[60]

Handelt es sich dagegen um Leistungen, die nicht zu den anerkannten Lohn- oder Unterhaltsformen gehören, so entsteht trotz entsprechender Übung kein Rechtsanspruch, weil der Arbeitnehmer vernünftigerweise nicht damit rechnen kann, daß ihm solche Leistungen auch in Zukunft auf Grund des Arbeitsverhältnisses zustehen sollen.

6. Daß die übliche Hingabe und Hinnahme bestimmter arbeitsrechtlicher Leistungen ein sozialtypisches Verhalten darstellt, bietet die Grundlage dafür, die arbeitsrechtlichen Probleme sachgerecht zu bewältigen.[61] Die Lösung baut nicht auf einem fiktiven Verpflichtungswillen des Arbeitgebers auf; sie knüpft vielmehr an das äußere Verhalten der Parteien an und verschafft so den entscheidenden

---

58) Siebert, Sitzler-Festschrift, 248; Gros, Sitzler-Festschrift, 241; Nikisch B 54/1021, 1022, 1023.

59) Mit Recht stellt Gros, Sitzler-Festschrift, 241 fest, daß ein Ruhegeld nur sinnvoll ist, wenn es eine gewisse Dauer und Beständigkeit erreicht.

60) Vgl. im einzelnen unten S. 142 wo auch angeführt wird, daß zwischen den individuellen und kollektiven Fällen zu unterscheiden ist.

61) Insbesondere läßt sich von ihr aus die beschränkte Bedeutung des Vorbehalts erklären. Vgl. unten S. 131 ff.

Merkmalen des Verpflichtungstatbestandes unmittelbare rechtliche Bedeutung. Damit steht die Lösung auch im Einklang mit der neueren Rechtsentwicklung, wonach dem äußeren Verhalten zunehmend rechtliches Gewicht zugesprochen wird,[62] während die Bedeutung des Parteiwillens bei Vertragsschluß schrittweise zurückgedrängt wird.[63] Schließlich wirkt sie jener Scheindogmatik entgegen, die mit Hilfe der Unterstellung "stillschweigender Erklärungen" unbewältigte Erscheinungen des Rechtslebens zu lösen versucht.[64][65]

7. Im einzelnen ergibt sich folgende Lösung:

a) Der Hinterbliebenenfall: Gewährt der Arbeitgeber einem Hinterbliebenen des Arbeitnehmers auf Grund des Arbeitsverhältnisses so regelmäßig Unterhaltsleistungen, daß sie üblich werden, und nimmt der Hinterbliebene die Leistungen an, so stellt die Hingabe und Hinnahme ein sozialtypisches Verhalten dar, das die vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers begründet, die Leistungen auch in Zukunft zu gewähren.

b) Der Regelfall: Gewährt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitsverhältnisses eine Zeitlang so regelmäßig Lohn- oder Unterhaltsleistungen, daß sie üblich werden, und nimmt der Arbeitnehmer die Leistungen an, so liegt in der Hingabe und Hinnahme der Leistungen ein sozialtypisches Verhalten, das die vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers auslöst, die Leistungen auch in Zukunft zu gewähren.

---

62) Man denke an das sozialtypische Verhalten im Massenverkehr, die Institute der Verwirkung und des Verbotes des venire contra factum proprium.

63) Dies zeigt sich bei der ergänzenden Vertragsauslegung (Problem des Ausschlusses der Anfechtbarkeit) und bei den normierten Tatbeständen im Versicherungsrecht. Vgl. dazu etwa Krause BB 55/265, 266.

64) So sah man anfänglich auch in der Verwirkung einen stillschweigenden Verzicht. Vgl. hierzu etwa Soergel-Siebert § 242 Rdnr. 180 und Siebert, Verwirkung, 4 mit Nachweisen.

65) Läßt man ein bloßes Parteiverhalten unmittelbar zum Entstehen vertraglicher Pflichten führen, so ist damit auch das Gegenstück zu den Tatbeständen des "Rechtsverlustes" gefunden. Bei der Verwirkung und beim venire contra factum proprium ist schon länger anerkannt, daß ein bloßes Parteiverhalten sich auf den Bestand des Rechtes auswirkt, ohne daß es auf den Parteiwillen ankäme.

II. DIE BETRIEBLICHE ÜBUNG

1. Die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über das sozialtypische Verhalten erlauben es auch, die betriebliche Übung dogmatisch befriedigend zu erfassen; denn aus der betrieblichen Übung lassen sich die gleichen verpflichtungsbegründenden Elemente herausschälen wie aus den individuellen Tatbeständen. Allerdings führt das kollektive Vorgehen des Arbeitgebers zu einigen Besonderheiten.

a) Der Arbeitgeber gewährt seinen Arbeitnehmern, ausnahmsweise deren Hinterbliebenen Leistungen nach generellen Gesichtspunkten.[1] Dieses generelle System[2] wendet er längere Zeit hindurch so regelmäßig an, daß es üblich wird.[3]

b) Die Arbeitnehmer oder die Hinterbliebenen nehmen die Leistungen an, oder arbeiten weiter, während im Betrieb nach der Übung verfahren wird.[4]

c) Die betriebliche Übung wirkt nur verpflichtend, soweit es sich um Leistungen handelt, die typischerweise auf Grund des Arbeitsverhältnisses geschuldet werden können.[5]

2. Der Tatbestand der betrieblichen Übung unterscheidet sich danach von den individuellen Tatbeständen nach zwei Seiten:

a) Er ist enger, weil sich die betriebliche Übung als betriebsinterne Ordnung

---

1) Darin offenbart sich der kollektive Charakter der betrieblichen Übung: der einzelne Arbeitnehmer erhält die Gratifikationen, Tantiemen, Lohnzulagen nicht auf Grund seiner persönlichen Leistungen, Fähigkeiten oder Eigenschaften, sondern wegen seiner funktionellen Betriebszugehörigkeit. So zutreffend Hilger, Ruhegeld, 52.

2) Dabei bringt es die Art des Vorgehens mit sich, daß dieses System erst dann erkennbar wird, wenn der Arbeitgeber schon eine Zeitlang Leistungen gewährt hat. Vgl. zu den damit zusammenhängenden Fragen Götz Hueck BB 55/800, Nikisch B 54/1021, 1022; Graef, 44.

3) Der Zeitpunkt, in dem die Bindung an die Übung eintritt, bestimmt sich deshalb danach, wie lange der Arbeitgeber nach der Übung als solcher verfahren ist. Unmaßgeblich ist dabei, wie lange er dem einzelnen Leistungen gewährt hat.

4) Ob die Arbeitnehmer effektiv Gratifikationen, Tantiemen oder Doppeldienstentschädigungen erhalten, hängt vom Inhalt der Übung ab und darf nicht damit verwechselt werden, ob überhaupt eine Übung im Betrieb besteht.

5) Es muß sich deshalb auch hier um Leistungen handeln, die zu den anerkannten Lohn- oder Unterhaltsleistungen gehören. Vgl. oben S. 115.

stets zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern herausbildet. [6] Dies gilt auch dann, wenn sich die Übung inhaltlich darauf richtet, Dritten (Hinterbliebenen) Leistungen zu gewähren. [7]

b) Der Tatbestand ist auch weiter. Bei den individuellen Tatbeständen liegt die Übung in der effektiven Zuwendung von Leistungen an diejenigen, die später aus der Übung Rechte herleiten können. [8] Bei der betrieblichen Übung erhält dagegen nicht jeder Arbeitnehmer notwendig wiederholt Leistungen [9], bevor er die betriebsüblichen Leistungen fordern kann. Die betriebliche Übung zeichnet sich also dadurch aus, daß der Arbeitgeber bei der Verteilung freiwilliger Leistungen regelmäßig nach den gleichen Grundsätzen vorgeht; wie schon dargelegt [10] stellt die betriebliche Übung - ähnlich einer schriftlichen Gratifikations- oder Ruhegeldordnung - eine in sich geschlossene Regelung dar, die generell festlegt, wer unter welchen Voraussetzungen Leistungen erhält. Verfährt der Arbeitgeber nach der Übung, so wendet er dieses ungeschriebene Verteilungssystem an; und zwar vollzieht er es jedem Arbeitnehmer gegenüber, unabhängig davon, ob dieser selbst augenblicklich Leistungen erhält. [11] Denn die Übung soll entsprechend ihrer generellen Fassung im Verhältnis zu jedem Arbeitnehmer gelten und jeder Arbeitnehmer soll sich auf sie berufen können. [12] Auf der Arbeitnehmerseite bedeutet dies,

---

6) Anders bei den individuellen Tatbeständen. Hier kann sich die Übung auch zwischen dem Arbeitgeber und der Witwe oder den Hinterbliebenen des Arbeitnehmers entwickeln. Dann ist die personelle Begrenzung auf die Vertragspartner durchbrochen.

7) Man muß also unterscheiden zwischen den Personen, die dem Betrieb angehören und die damit an der Einführung der Übung beteiligt sind, und solchen Personen, die zwar nicht zum Betrieb gehören, die aber entsprechend dem Inhalt der Übung durch sie begünstigt werden. Daß die betriebliche Übung Rechte Dritter (Hinterbliebenen) begründen kann, ist anerkannt. Es ist hier nicht anders, als wenn eine Ruhegeldordnung ausdrücklich Witwengelder vorsieht. Dann handelt es sich um Verträge zugunsten Dritter. Im Gegensatz zu den individuellen Tatbeständen lassen sich bei der betrieblichen Übung Ansprüche auf Witwenrenten deshalb ebenso als durch Vertrag zugunsten Dritter begründete Ansprüche auffassen. Ihr Inhalt hängt vom Inhalt der Übung ab, die zu Lebzeiten des Arbeitnehmers bestand.

8) Nur der Arbeitnehmer kann Gratifikationen, Doppeldienstentschädigungen, Wohnungsgelder etc. verlangen, der sie schon mehrfach erhalten hat.

9) Man denke an solche Leistungen, deren Voraussetzungen der Arbeitnehmer nur einmal erfüllt, wie Jubiläumsprämien, Heiratsbeihilfen oder Ruhegelder.

10) Vgl. oben S. 64 und 65.

11) Die vertraglichen Beziehungen zu jedem einzelnen Arbeitnehmer werden also durch die betriebliche Übung ergänzt oder überlagert.

12) Vgl. Nikisch NJW 54/529, 532.

daß die Arbeitnehmer entweder selbst Leistungen annehmen, oder weiterarbeiten, während der Arbeitgeber die betriebsüblichen Leistungen verteilt.

3. Abgesehen von diesen, im kollektiven Vorgehen des Arbeitgebers wurzelnden Unterschieden, stößt man auch bei der betrieblichen Übung auf den Grundsatz, daß ein bloßes, auf parteiautonomer Grundlage beruhendes [13] Verhalten des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer zu einer Leistungsverpflichtung des Arbeitgebers führt. Auch die betriebliche Übung stellt somit nach allgemeiner und durch obergerichtliche Entscheidungen [14] bestätigter Rechtsauffassung ein sozialtypisches Verhalten dar. Der Arbeitgeber, der eine Übung einführt und der Arbeitnehmer, der die üblichen Leistungen annimmt oder weiterarbeitet, während der Arbeitgeber nach der Übung verfährt, verhalten sich sozialtypisch, und ihr Verhalten löst entsprechend der sozialtypischen Bedeutung eine vertragliche Verpflichtung [15] des Arbeitgebers gegenüber jedem einzelnen Arbeitnehmer aus, die Übung beizubehalten. Die betriebliche Übung wird damit Inhalt der Einzelverträge.

Auch bei der betrieblichen Übung wird das Verhalten des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer jedoch entsprechend den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen nur dort als sozialtypisch bewertet, wo die Leistungen anerkanntermaßen auf Grund des Arbeitsverhältnisses geschuldet werden können. [16] Dies ist der Fall bei den anerkannten Lohn- und Unterhaltsformen wie Doppeldienstentschädigungen, Lohnzulagen, pauschalierten Überstundenvergütungen, Gratifikationen, Tantiemen, Prämien, Ruhegeldern und Witwen- und Hinterbliebenenrenten; denn nur hier erscheint es unter Abwägung der Interessen angemessen und sachgerecht, die Leistungen zu verrechtlichen und eine Fortzahlungspflicht des Arbeitgebers entstehen zu lassen.

4. Stellt die betriebliche Übung somit ein sozialtypisches Verhalten dar, so erklärt dies, daß die bloße Üblichkeit zur Verpflichtung des Arbeitgebers führt. Eines Verpflichtungswillens des Arbeitgebers bedarf es dann nicht. [17] Unerheblich

---

13) Auch die aus der betrieblichen Übung entspringende Verpflichtung hält sich, wie das sozialtypische Verhalten im Massenverkehr, im Rahmen einer modifizierten Parteiautonomie, weil es dem Arbeitgeber freisteht, die betriebliche Übung einzuführen oder nicht. Anders wäre es nur, wenn der Arbeitgeber rechtlich gezwungen wäre, Gratifikationen, Ruhegelder etc. im Betrieb zu verteilen.

14) Vgl. die ständige Rechtsprechung oben S. 5 ff.

15) Vgl. oben S. 121.

16) Vgl. oben S. 123 und die dafür angegebenen Gründe.

17) Er gehört nicht zum verpflichtungsbegründenden Tatbestand. Vgl. oben S. 14 und die Erörterungen S. 65 ff.

ist ferner, ob die Arbeitnehmer gutgläubig sind [18], oder ob sich das Verhalten des Arbeitgebers im konkreten Fall in einem bestimmten Sinn deuten läßt. [19] Demzufolge kann der Arbeitgeber die Verpflichtung auch nicht wegen Irrtums anfechten. [20] Die Arbeitnehmer müssen auch nicht ausdrücklich oder stillschweigend erklären, sie wollten die betriebliche Übung zum Vertragsinhalt erheben. Zwar werden die Arbeitnehmer in der Regel durch ihre Annahme oder durch ihre Weiterarbeit zum Ausdruck bringen wollen, daß sie mit der günstigen Regelung einverstanden sind. [21] Dies muß aber nicht so sein. So ist es möglich, daß manche Arbeitnehmer von der betrieblichen Übung gar nichts wissen, weil diese nur einen kleinen Personenkreis effektiv trifft, oder weil sie sich für das betriebliche Leben nicht interessieren. In diesen Fällen will der Arbeitnehmer nicht erklären. [22] Dennoch kann er die üblichen Leistungen verlangen. Es zeigt sich auch hier, daß das bloße Verhalten auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite wegen seiner sozialtypischen Bedeutung die Leistungspflicht des Arbeitgebers begründet. [23]

Nach der hier vertretenen Auffassung entfaltet die betriebliche Übung keine normative Geltung. Ihre Rechtsgeltung beruht auf dem Einzelarbeitsvertrag [24]. Da-

---

18) Deshalb läßt sich mit dem Rechtsscheinsgrundsatz nicht operieren. Vgl. oben S. 110.

19) Die Bewertung des Verhaltens beruht auch hier nicht darauf, daß das Verhalten des Arbeitgebers "schlüssig" wäre; der Begriff der Schlüssigkeit paßt nur zu Erklärungen, nicht aber zu einem Verhalten, von dem feststeht, daß es gerade keiner rechtsgeschäftlichen Mitteilung dienen sollte. Vgl. dazu oben S. 119 Note 30. Die Bewertung bringt nur zum Ausdruck, daß die vertragliche Bindung angemessen ist und daß die im Verhalten liegende Selbstbestimmung ausreichen soll, die vertragliche Bindung auszulösen.

20) Vgl. oben S. 67.

21) Dann liegt eine stillschweigende Willenserklärung vor. So die h.L. mit der Begründung, dies entspreche einer natürlichen Auslegung; denn die Erfahrung lehre, daß die wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmer regelmäßig mit einer Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen einverstanden sind. So etwa Richardi RdA 60/401, 403.

22) Weist der Arbeitgeber nach, daß der Arbeitnehmer die Übung nicht kannte und sein Verhalten deshalb nicht als Erklärung zu deuten ist, so wäre der Arbeitgeber diesem gegenüber nicht verpflichtet.

23) Dieses Ergebnis gilt auch dann, wenn es sich beim Unternehmen um eine öffentliche Körperschaft oder Anstalt handelt; doch sind hier durch §§ 1 und 2 VO vom 16.12.39 (RGBl. I, 2425) Rechtsansprüche ausgeschlossen. Vgl. Zigan B 51/958.

24) So im Ergebnis die h.L. Vgl. etwa Hueck-Nipperdey I, 135.
Da die gesamte betriebliche Übung Inhalt der Arbeitsverträge wird, erklärt

mit wahrt man die Einheit mit den individuellen Tatbeständen.[25] Ferner behält man im Auge, daß die ausdrückliche Bekanntmachung einer Ruhegeld- oder Gratifikationsordnung nach h.L. ebenfalls zu einer vertraglichen Bindung führt,[26] und daß die Grenze zur bloßen Übung flüssig sein kann.[27] Daß die betriebliche Übung nunmehr durch eine Reihe von gleichlautenden Verträgen verbindlich gemacht wird, spricht nicht gegen eine einzelvertragliche Erfassung; denn es ist anerkannt, daß auch eine kollektive Regelung formell einzelvertraglich verankert sein kann.[28]

5. Damit ergibt sich folgendes Ergebnis:
Verteilt der Arbeitgeber eine Zeitlang regelmäßig nach generellen Gesichtspunkten bestimmte zusätzliche Leistungen im Betrieb, so daß eine betriebliche Übung entsteht und nehmen die Arbeitnehmer die Leistungen an oder arbeiten weiter, während die üblichen Leistungen verteilt werden, so stellt ihre Verhaltensweise ein sozialtypisches Verhalten dar, das die einzelvertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber jedem Arbeitnehmer begründet, die Übung auch in Zukunft beizubehalten.

Fortsetzung der Fußnote 24 von Seite 129:
sich auch die Auswechselbarkeit in einer Gruppe, sowie die Überwechselbarkeit von einer Gruppe in eine andere. Werden z.B. alle Meister nach der betrieblichen Übung mit einer doppelten Gratifikation bedacht, so kann ein Arbeitnehmer auch im ersten Jahr, da er Meister wird, die erhöhten Ansprüche stellen, ohne daß er selbst etwa 3 Jahre lang die Leistungen erhalten haben müßte.

25) Auch sie beruhen auf Vertrag. Vgl. oben S. 125.

26) H.L. Hueck-Nipperdey I, 135; Hilger, Handbuch, 26, sowie BB 58/417; Heissmann RdA 55/371, 372; Nipperdey Anm. zu RAG ARS 29 380, 384; RAG ARS 29 380 Leitsatz. A.A. Hilger, Ruhegeld,58, 59 und Bötticher RdA 55/ 161, 163, wonach im übervertraglichen Bereich einseitige Verpflichtungserklärungen möglich sein sollen.

27) Nach Hilger, Ruhegeld, 58, 59 soll aber ein Vertrag dann anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber die schriftliche Ruhegeldordnung den Arbeitnehmern einzeln zusendet.

28) Vgl. zum Verhältnis Kollektive Ordnung und Einzelvertrag oben S. 64, 65 und Raiser, AGB, 17, sowie dort Note 1. und Wieacker, Willenserklärung, 277.

§ 16 DER VORBEHALT

I. Die seitherigen Untersuchungen haben ergeben, daß die Verpflichtung des Arbeitgebers auf Grund des sozialtypischen Verhaltens und ohne Rücksicht auf den wirklichen Willen des Arbeitgebers eintreten. Es fragt sich nun, ob der Arbeitgeber die Macht hat, durch einen Vorbehalt die Verpflichtung zu verhindern oder einzuschränken, oder ob dem die sozialtypische Bedeutung des üblichen Verhaltens entgegensteht.

Rechtsprechung [1] und Literatur [2] halten den Vorbehalt grundsätzlich für beachtlich und betrachten ihn - entsprechend ihrem dogmatischen Standpunkt zwangsläufig [3] - als verpflichtungshindernd. Im Widerspruch dazu haben aber Rechtsprechung und Lehre zum Beispiel im Ruhegeldrecht [4] deutlich ausgesprochen, daß sie die willkürliche Ausübung des Vorbehalts für unzulässig halten. Der Arbeitgeber könne trotz des Vorbehalts die üblichen Leistungen nur einstellen, wenn ihm sachliche Gründe zur Seite stünden. Damit anerkennt man aber trotz des Vorbehalts eine Bindung des Arbeitgebers: Ein Ergebnis, das die herrschende Meinung mit ihrer Deutung der Übung nicht erklären kann. Läge der Verpflichtungsgrund der betrieblichen Übung in einem stillschweigend geäußerten Verpflichtungswillen des Arbeitgebers, so müßte jeder eindeutige Vorbehalt notwendig die Anspruchsgrundlage zerstören und damit die völlige Freiheit des Arbeitgebers erhalten. [5]

---

1) Ständige Rechtsprechung. Die vom LAG Hamm (13.12.46 RdA 48/32)vorübergehend vertretene Ansicht, der Arbeitgeber könne einen papierenen Vorbehalt nicht geltend machen, hat sich nicht durchgesetzt. Vgl. ausdrücklich BAG 4.10.56 AP Nr. 4 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 1 RS = NJW 56/1853.

2) H.L. Abweichend Denecke DAR 40/141, 143 im Rahmen der Lehre von der Konkreten Ordnung des Betriebes.

3) Das Verhalten läßt sich nun nicht mehr als Willenserklärung deuten.

4) Vgl. die Rechtsprechungsübersicht oben S. 11. Darüber hinaus lassen aber auch Entscheidungen des Gratifikationsrechts erkennen, daß der Ausübung des Vorbehalts ganz allgemein nach Treu und Glauben Grenzen gesetzt sind. (Vgl. die Übersicht oben S. 11 und insbesondere LAG Stuttgart 21.1.59 BB 59/306), so daß die Übung stets eine gewisse Bindung erzeugt.
Für die Literatur bringen dies zum Ausdruck: Zigan, Weihnachtsgratifikation, 14; Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 117; derselbe DAR 42/133, 135; grundsätzlich auch Staudinger-Weber A 314, anders aber A 351.

5) Die Lehre (Hueck-Nipperdey I, 439) versuchte sich durch die Konstruktion zu retten, der Arbeitgeber dürfe den Vorbehalt nicht gegen die guten Sitten und nicht willkürlich ausüben. Diese Konstruktion scheitert schon daran, weil die Bindung des Arbeitgebers im Ruhegeldrecht über ein bloßes Willkürverbot hin-

II. Nach der hier vertretenen Lösung entspringt die Verpflichtung des Arbeitgebers dem in der Übung liegenden sozialtypischen Verhalten. Dies erlaubt, die eingeschränkte Bedeutung des Vorbehalts sachgerecht zu erklären. Da die Verpflichtung nicht auf dem Willen des Arbeitgebers beruht, muß bei einem entgegenstehenden Willen des Arbeitgebers die Anspruchsgrundlage auch nicht zwangsläufig in sich zusammenbrechen. Es ist nunmehr zu zeigen, daß sich gegenüber der Verpflichtung aus sozialtypischem Verhalten ein verpflichtungshindernder Vorbehalt nie durchsetzen kann. Der Vorbehalt kann dem Arbeitgeber nur als Widerrufsvorbehalt das Recht sichern [6], die eingegangene Bindung zu gegebener Zeit wieder zu lösen. Im einzelnen sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1.) Fügt der Arbeitgeber seinen üblichen Leistungen einseitig [7] den Vorbehalt bei, er leiste "ohne Rechtspflicht", "völlig freiwillig", "jederzeit widerruflich", so führt sein übliches Verhalten gleichwohl zu einer Verpflichtung; denn der Vorbehalt, sich nicht verpflichten zu wollen, stellt eine protestatio facto contraria dar. [8] Er läßt sich nicht mit dem Sinn des üblichen Verhaltens vereinbaren; denn

---

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 131:
ausreicht (BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Leitsatz 3). Ferner kann der Hinweis auf ein wie auch immer geartetes Willkürverbot nie erklären, warum die Arbeitnehmer plötzlich Ansprüche, also einen formellen Rechtszuwachs erhalten; denn das Willkürverbot stellt (soweit es sich nicht mit dem Gleichbehandlungsgebot deckt) keine Anspruchsgrundlage dar. Schließlich wäre auch nachzuweisen, warum die Willkür bei der Einstellung der Zahlungen verboten ist, während es dem Arbeitgeber freisteht, willkürlich von vornherein keine zusätzlichen Leistungen zu verteilen.
Vgl. hierzu die gewundenen Gedankengänge des BAG v. 11.11.60 AuR 61/125, es entstehe zwar kein Anspruch (was sollen die Arbeitnehmer dann geltend machen!), aber der Arbeitgeber dürfe den Vorbehalt nicht willkürlich ausüben. Daneben werden andere Konstruktionen gewählt. RAG ARS 27/236 will § 315 BGB direkt anwenden; BAG 13.7.56 AP Nr. 13 zu § 242 Ruhegehalt spricht von einer entsprechenden Anwendung von § 315 BGB und Heissmann RdA 55/371, 376 will gegen die Nichtklarbarkeitsklausel beim Ruhegeld die Einrede der Arglist geben.

6) Vgl. zu den möglichen Arten des Vorbehalts Siebert DAR 42/133 und in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 116 f, sowie RAG ARS 43/148.

7) Das sind die üblichen Fälle, in denen der Arbeitgeber den Leistungen einen Vorbehalt beifügt, ohne daß ein besonderes Verhalten der Arbeitnehmer hinzutritt, das deren Einverständnis kundtut.

8) Vgl. hierzu Lehmann, Allgemeiner Teil, 196; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 153 V.

dieses wird als sozialtypisches Verhalten von der Rechtsordnung schlechthin und ohne Rücksicht auf den Willen des Betroffenen als Verpflichtungsgrund [9] gewertet.

2.) Nun kann es aber auch sein, daß sich die Arbeitnehmer ausdrücklich mit dem Vorbehalt des Arbeitgebers einverstanden erklären. So gewähren Arbeitgeber verschiedentlich [10] Gratifikationen und Ruhegelder nur, wenn die Arbeitnehmer schriftlich anerkennen, der Arbeitgeber leiste ohne Rechtspflicht und frei widerruflich. Anders als beim einseitigen Vorbehalt geht es hier darum, ob die Parteien gemeinsam und einverständlich jegliche Verpflichtung aus dem üblichen Verhalten unterbinden können. Meines Erachtens ist ein verpflichtungshindernder Vorbehalt auch in dieser Form abzulehnen. [11] Zunächst wäre es rechtspolitisch unerwünscht, zwischen einseitigem und bestätigtem Vorbehalt zu unterscheiden. Die Grenze wäre schwerlich exakt zu ziehen. [12] Außerdem wäre es dem Arbeitgeber ein Leichtes, sich den Vorbehalt jeweils bestätigen zu lassen, um so stets seine völlige Freiheit zu erhalten. Die Rechtsprechung hat deshalb im Ruhegeldrecht auch nicht danach unterschieden, [13] ob sich der Arbeitgeber den Vorbehalt bestätigen ließ oder nicht. In beiden Fällen hat sie einen verpflichtungshindernden Vorbehalt nicht anerkannt. Der Grund dafür liegt im Zweck, den das sozialtypische Verhalten erreichen soll. Es wurde dargetan [14], daß es nach der Verkehrsanschauung angemessen und sachgerecht bewertet wird, wenn bei bestimmten

---

9) So betont Larenz NJW 56/1897, 1899 für das sozialtypische Verhalten im Massenverkehr, dem Besucher stünde es frei, Straßenbahn, Fähre oder Bus zu benützen. Nur eines könne er nicht, wenn er Gebrauch mache, die Konsequenz, die das habe, von sich weisen.

10) Die Arbeitgeber lassen sich häufig einen Revers unterschreiben, wenn sie die Gratifikationen etc aushändigen. Dies hat sich besonders in größeren Unternehmen verbreitet.

11) Diese Frage ist bisher in Rechtsprechung und Literatur nicht akut geworden. Nach der überwiegend vertretenen Auffassung sollte ohnehin jeder Vorbehalt verpflichtungshindernd wirken. Damit ist es unerheblich, ob der Vorbehalt einseitig diktiert oder vertraglich bestätigt wurde.

12) Auf die Schriftlichkeit der Bestätigung könnte es jedenfalls nicht ankommen. Man müßte auch ein Einverständnis der Arbeitnehmer annehmen, wenn der Arbeitgeber den Vorbehalt zufügt, "mit der Annahme der Gratifikation anerkennen Sie die völlige Freiwilligkeit der Zahlungen". Von dieser Vorstellung aus läßt sich sogar behaupten, daß jeder Vorbehalt, der den Zahlungen zugefügt ist und den Arbeitnehmern zur Kenntnis kommt, von den Arbeitnehmern stillschweigend anerkannt wird, wenn sie die Zahlungen widerspruchslos annehmen.

13) BAG 22.11.57 AP Nr. 34 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 3.

14) Vgl. oben S. 123.

arbeitsrechtlichen Leistungen die bloße Üblichkeit zu einer Bindung führt. Die Lohn- und Unterhaltsleistungen sollen, wenn sie längere Zeit üblicherweise gewährt werden, in einer bestimmten Form dargeboten und damit verrechtlicht werden. Zum Schutz der Arbeitnehmer soll ein bestimmtes Ergebnis gesichert werden. Dieses Ziel würde vereitelt, wenn es den Parteien freistünde, zwar eine Übung einzuführen und damit Dauerbeziehungen anzuknüpfen, wenn sie aber gleichzeitig durch entsprechende Erklärungen jegliche Verpflichtung und jede Verrechtlichung unterbinden könnten. Das Willensprinzip bei Vertragsabschluß soll deshalb durch die sozialtypische Bedeutung des üblichen Verhaltens soweit ausgeschaltet werden, als es um die Entstehung einer vertraglichen Bindung geht. Auch wenn sich die Arbeitnehmer mit dem Vorbehalt des Arbeitgebers einverstanden erklären, wirkt dieser somit nicht verpflichtungshindernd.

Die Parteiautonomie erscheint dabei nicht wesentlich weiter eingeschränkt, als sonst beim sozialtypischen Verhalten [15]; denn es steht den Parteien frei, eine Übung einzuführen. Nur eines können die Parteien nicht, eine Übung einführen und dabei die rechtliche Konsequenz umgehen, die daraus erwächst.

III. Die sozialtypische Bedeutung beschränkt sich jedoch darauf, eine vertragliche Bindung auszulösen. Nur soweit wird der Wille der Parteien zurückgedrängt. Dagegen kann sich der Arbeitgeber bei Vertragsschluß ein Widerrufsrecht vorbehalten [16]. Er kann sich also das Recht sichern, die mit der Übung eingegangene Bindung wieder einseitig aufzuheben. Der Vorbehalt gewinnt also als Widerrufsvorbehalt seine Bedeutung [17].

1. Der Arbeitgeber kann grundsätzlich selbst bestimmen, welche Gründe ihn zum Widerruf berechtigen sollen. Er kann sich auf bestimmte, sachliche oder persönliche Gründe beschränken. Er kann sich aber auch ein allgemeines, nicht an bestimmte Voraussetzungen gebundenes Lossagungsrecht vorbehalten [18]. Dagegen ist es nicht möglich, das Widerrufsrecht völlig frei, ohne sachliche Erwägungen, also willkürlich auszuüben. Ein völlig freies Widerrufsrecht stünde eben-

---

15) S. oben S. 121.

16) Es gilt hier nichts anderes, als wenn sich bei einem ausdrücklichen Vertrag der Arbeitgeber ein Widerrufsrecht vorbehält. Dann kommt zunächst eine vertragliche Bindung zustande.

17) Damit haben sich die Gewichte verschoben. Der Vorbehalt gehört nicht in den Bereich der Entstehung, sondern der Aufhebung der Ansprüche aus betrieblicher Übung.

18) Im einen Fall handelt es sich um ein spezielles, im anderen um ein allgemeines Widerrufsrecht. Vgl. hierzu Siebert DAR 42/133 ff und Hilger, Leistungsvorbehalt bei betrieblichen Versorgungszulagen BB 56/1149 unter III.

so wie ein verpflichtungshindernder Vorbehalt im Widerruf zur sozialtypischen Bedeutung des Verhaltens. Er machte die vertragliche Bindung illusorisch, weil sie der Arbeitgeber beliebig abstreifen könnte. Der Vorbehalt sichert dem Arbeitgeber also immer nur das Recht, die Bindung aus sachlichen Gründen einseitig zu lösen. [19]

2. Übt der Arbeitgeber den Vorbehalt aus, so finden auf den Widerruf die Kündigungsschutzbestimmungen nach h.L. keine Anwendung. Die Begründung wird dabei nicht immer klar herausgestellt. Teilweise will man im Widerruf eine zulässige Teilkündigung sehen [20]. Richtiger erscheint es demgegenüber, Widerruf und Teilkündigung zu unterscheiden [21]; denn der Widerruf bedeutet ein besonderes, auf dem Gebiete der zusätzlichen Leistungen entwickeltes Änderungsrecht des Arbeitgebers [22]. Dieses Änderungsrecht folgt eigenen Regeln, wie etwa die von der Rechtsprechung analog angewendete Bestimmung des § 315 BGB zeigt [23]. Daß

---

19) Dies ist im Ruhegeldrecht allgemein anerkannt (BAG 22.1.57 AP Nr. 34 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 3 = BB 58/631 und Hilger, Leistungsvorbehalt bei betrieblichen Versorgungszulagen BB 56/1149, 1150; dieselbe, Ruhegeld, 140; Schlessmann, Arbeitsvertrag, 245). Dagegen ist dieser Grundsatz auf anderen Gebieten noch nicht so klar herausgearbeitet. So findet sich im Gratifikationsrecht nur am Rande die Bemerkung, der Arbeitgeber dürfe den Vorbehalt nicht völlig frei ausüben. Aber schon diese Ansätze zeigen, wohin allgemein die Entwicklung führt. Zu beachten ist ferner, daß man im Gratifikationsrecht wegen der geringeren Bedeutung der Gratifikation einen Grund leichter als sachlich anerkennen wird, als im Ruhegeldrecht (vgl. hierzu unten S. 142). Demgemäß wird ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Willkürverbot im Gratifikationsrecht auch selten nachzuweisen sein.

20) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann Vorbemerkung 63 zu § 620 BGB. Aus BAG vom 8.11.57 AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 3 RS geht nicht klar hervor, ob auch das BAG die Ausübung eines Vorbehalts als Teilkündigung ansehen will. Diese müßte dann aber mit der Kündigungsschutzklage bekämpft werden können (so Herschel BB 58/160, 162; Frey, Zwei Probleme der Änderungskündigung AuR 58/97, 101; A.A. Schlessmann B 59/977, 978; Joachim RdA 57/326, 329).

21) Der Widerruf stellt auch keine Änderungskündigung dar, da nicht das gesamte Arbeitsverhältnis mit dem Ziel gekündigt wird, die materiellen Bedingungen zu ändern.

22) H.L. Dersch RdA 58/441, 446; Gutekunst RdA 59/369, 372; Nikisch, Sitzler-Festschrift, 265, 280; Hueck Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 620 BGB Teilkündigung Bl. 2; Joachim RdA 57/326, 329; Herschel BB 58/160, 161; Frey AuR 58/97, 101.

23) BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

der Widerruf nicht mit der Kündigungsschutzklage bekämpft werden kann, ist auch ein Gebot der Zweckmäßigkeit. Der Arbeitgeber würde sich sonst nicht so leicht zur Verteilung freiwilliger Leistungen entschließen. Damit schlüge aber der vom Kündigungsschutzgesetz bezweckte Schutz der Arbeitnehmer in sein Gegenteil um. [24]

IV. Daß der Vorbehalt nur ein Widerrufsrecht erzeugt, bietet die theoretische Grundlage dafür, die Eigenheiten der Vorbehaltsrechtsprechung zu erklären:

1. Auch gegen den Vorbehalt des Arbeitgebers entsteht eine vertragliche Bindung bei Üblichkeit der genannten Leistungen.

2. Der Arbeitgeber kann den Vorbehalt nur aus sachlichen Gründen ausüben. Welche Gründe sachlich sind, bestimmt sich nach dem Sachzusammenhang [25]. Damit ist eine elastische Grundlage geschaffen, und die auf den einzelnen Sachgebieten verschieden gelagerten Interessengegensätze können unmittelbar berücksichtigt werden. Die verschiedenartige Wirkung des Vorbehalts wird somit erklärbar.

3. Theoretisch ist auch nichts dagegen einzuwenden, daß das Widerrufsrecht beim Ruhegeld auf Grund besonderer Umstände [26] noch weiter eingeschränkt werden kann und über ein bloßes Willkürverbot hinausgeht.

§ 17 DIE BETRIEBSEINHEITLICHKEIT

Die Vorteile der gefundenen Lösung beruhen weiter darin, daß nun auch die Betriebseinheitlichkeit [1] der Übung auf doppelte Weise gesichert ist:

I. Das übliche Verhalten des Arbeitgebers zieht als sozialtypisches Verhalten unmittelbar eine Verpflichtung nach sich. Diese typisierte Wirkung tritt jedem Arbeitnehmer gegenüber ein. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Arbeitnehmer

---

24) Außerdem will das Kündigungsschutzgesetz in erster Linie den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers erhalten. Darum geht es beim Widerruf zusätzlicher Leistungen aber nicht.

25) Vgl. im einzelnen unten S. 140 f.

26) Vgl. im einzelnen unten S. 142.

1) Vgl. zu der Rechtsprechung oben S. 8.

das Verhalten des Arbeitgebers "ausgelegt" hat, ob er es nach Treu und Glauben hätte auslegen dürfen, oder ob er auf die Fortzahlung der Leistungen tatsächlich vertraut hat.[2]

II. Die Einheitlichkeit der Übung ist aber nur dann voll garantiert, wenn die Frage, ob ein Vorbehalt erklärt ist, auch betriebseinheitlich beantwortet wird. Dies setzt voraus, daß sich der einzelne Arbeitnehmer nicht vorhalten lassen muß, zumindest er habe den entgegenstehenden Willen des Arbeitgebers gekannt, oder er hätte ihn doch auf Grund seiner besonderen Einsicht, etwa als Buchhalter,[3] kennen müssen.

1. Die h.L. kann dies mit der Konstruktion einer Willenserklärung nicht erreichen. Sie prüft, ob jeder einzelne das Verhalten des Arbeitgebers sich gegenüber als Willenserklärung auslegen kann. Kennt nun der einzelne den Vorbehalt oder hätte er ihn kennen müssen, so kann er das Verhalten nicht als Willenserklärung deuten. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers entfiele gerade ihm gegenüber und die Betriebseinheitlichkeit würde durchbrochen.[4][5]

2. Erkennt man, daß der Verpflichtungsgrund der betrieblichen Übung im sozialtypischen Verhalten liegt, so bedeutet dies, daß die betriebliche Übung als eine in sich geschlossene Ordnung mit all ihren Eigenschaften als Ganzes einzel-

---

2) Auf die subjektiven Erwartungen der einzelnen Begünstigten kommt es nicht an. Die betriebliche Übung wird stets Vertragsbestandteil, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer sie vollziehen.

3) Hat etwa der Arbeitgeber in einem persönlichen Gespräch mit dem Buchhalter geäußert, er gewähre die Gratifikationen völlig freiwillig, und er habe absolut nicht den Willen, sich irgendwie aus seinem seitherigen Verhalten zu verpflichten, so wäre dem Buchhalter der entgegenstehende Wille des Arbeitgebers bekannt, während er für die anderen Arbeitnehmer nicht erkennbar gewesen wäre.

4) Die Einheitlichkeit läßt sich auch nicht dadurch retten, daß man im Wege der Auslegung argumentiert, der Arbeitgeber wolle den Vorbehalt sicher nur allgemein geltend machen. Dies scheint schon in tatsächlicher Hinsicht bedenklich. Außerdem könnte auch dann der Buchhalter das Verhalten nicht als Willenserklärung auffassen, weil er doch weiß, daß sich der Arbeitgeber nicht verpflichten will. Damit entsteht aber auch keine Anspruchsgrundlage.

5 Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz würde nicht weiterhelfen: denn es besteht sachliche Verschiedenheit zwischen dem, der vom fehlenden Verpflichtungswillen des Arbeitgebers weiß, und den Arbeitnehmern, die nur das gleichbleibende Verhalten des Arbeitgebers kennen.

vertraglich verankert wird. Der Vorbehalt vereitelt dies nicht. Er wirkt nicht verpflichtungshindernd, sondern ist bloßer Widerrufsvorbehalt. Seine einheitliche Geltung läßt sich danach mühelos so erklären, daß man die Frage, ob die betriebliche Übung unter Vorbehalt oder vorbehaltslos entstanden ist, als eine inhaltliche Frage der Übung betrachtet. Zum Inhalt der Übung gehören alle tatsächlichen Voraussetzungen, an die sich die Leistungen knüpfen, also möglicherweise Betriebszugehörigkeit, Familienstand, bestimmte Tätigkeit oder Vorbildung, günstige Geschäftslage etc. Zum Inhalt der Übung zählt ferner, ob der Arbeitgeber die Höhe der Gratifikation selbst bestimmen darf, [6] oder ob die Höhe von der Gewinnerzielung im Betrieb abhängig sein soll. [7] Zum Inhalt der Übung läßt sich aber deshalb auch rechnen, ob dem Arbeitgeber ein Widerrufsrecht zusteht und unter welchen Voraussetzungen es geltend gemacht werden kann. Bei der betrieblichen Übung gilt also nichts anderes als bei der schriftlichen Ruhegeldordnung, [8] wo die Frage nach den Rechtsansprüchen und dem Widerrufsrecht in den Inhalt der Ordnung aufgenommen wird. [9]

Sieht man also im Widerrufsvorbehalt eine inhaltliche Bestimmung der betrieblichen Übung, so kann er der generellen Fassung der betrieblichen Übung entsprechend auch nur allen Betroffenen gegenüber einheitlich ausfallen. [10] Ergibt die

---

6) Der Anspruch besteht hier nur dem Grunde nach. Vgl. hierzu Hueck-Nipperdey I, 285 mit Nachweisen.

7) Ferner alle Fälle, in denen die Leistungen an einer dritten Größe gemessen werden, etwa an den Monatsgehältern.

8) Dort wird in der Regel im Text neben allen sonstigen Voraussetzungen auch die Frage des Widerrufs und der Rechtsansprüche oder Leistungsverweigerungsrechte geregelt.

9) Daß die Frage des Vorbehalts zweckmäßigerweise als inhaltliche Frage zu betrachten ist, wird deutlich, wenn sich der Vorbehalt nur auf einzelne Leistungen einer einheitlichen und im übrigen vorbehaltlosen Übung bezieht. Man denke daran, daß der Arbeitgeber vorbehaltlos Weihnachtsgratifikationen in Höhe eines Monatsgehalts gewährt. Soweit diese jedoch DM 1.000.-- übersteigen, behält er sich die Freiwilligkeit vor. Hier erscheint es sachgemäß, die Frage, ob Rechtsansprüche bestehen, ebenso wie alle anderen Voraussetzungen der Gratifikation zum Inhalt der betrieblichen Übung zu rechnen. Auch die Parallele mit ABG und AVB zeigt dies, wenn etwa die Versicherungsbedingungen nur bestimmte Leistungen als freiwillige Leistungen bezeichnen. Auch hier sind die ganzen AVB vereinbart, und die Frage der Rechtsansprüche gehört zum Inhalt der allgemeinen Regelung.

10) Der Inhalt der betrieblichen Übung ist nämlich nach generellen Gesichtspunkten ausgerichtet.

Auslegung der Übung, daß im Betrieb der entgegenstehende Wille des Arbeitgebers nicht bekannt und auch nicht erkennbar war, so ist die Übung allgemein vorbehaltlos entstanden, und auf die besondere Einsichtsmöglichkeit des einzelnen kommt es dann nicht an. War umgekehrt der entgegenstehende Wille des Arbeitgebers allgemein erkennbar, so wirkt er gegenüber allen Arbeitnehmern, selbst wenn einige ausnahmsweise keine Möglichkeit zur Kenntnisnahme hatten. [11]

11) Dem entspricht es, wenn die Rechtsprechung zuläßt, daß der Arbeitgeber den Vorbehalt in der Betriebsversammlung bekanntgibt oder am schwarzen Brett kundmacht. Die Frage ist jedoch bestritten. Wie hier Rothe BlStSozArbR 56, 347, 348; Hilger BB 50/819, 820; Zigan B 52/1010.

TEIL III

DIE RECHTSFOLGEN

Die praktische Brauchbarkeit der Lösung läßt sich nun an ihren Rechtsfolgen zusammenfassend aufzeigen:

§ 18 UNBEACHTLICHKEIT DES WILLENS, VORBEHALT, BETRIEBSEINHEITLICHKEIT DER ÜBUNG

I. Die übliche Hingabe und Hinnahme bestimmter arbeitsrechtlicher Leistungen stellt ein sozialtypisches Verhalten dar. Es führt ohne Ableitung aus dem Parteiwillen zu einer vertraglichen Bindung [1]. Auf diese Weise werden individuelle und kollektive Tatbestände (betriebliche Übung) einheitlich gelöst. Vor allem aber wird erklärt, daß die Bindung auch ohne den Willen [2] des Arbeitgebers entsteht [3] und daß sich der Arbeitgeber nicht bewußt sein muß, die Übung werde eine Verpflichtung nach sich ziehen. Ferner kann begründet werden, warum der Arbeitgeber die Verpflichtung nicht anfechten kann.

II. Die hier vertretene Lösung erklärt außerdem die Eigenheiten der Vorbehaltsrechtsprechung. Da es gegenüber der Verpflichtung aus dem sozialtypischen Verhalten keinen verpflichtungshindernden Vorbehalt gibt, entstehen Ansprüche aus der Übung auch gegen [4] den erklärten Willen des Arbeitgebers. Der entgegenste-

---

1) Vgl. oben S. 114 und 122.

2) Dies ist dem Ergebnis nach von der h. L. anerkannt. Trotzdem wird, um das Dogma aufrechtzuerhalten, eifrig betont, ohne oder gar gegen den Willen des Arbeitgebers könne keine Verpflichtung entstehen: Heissmann, Ruhegeld, 60; Hueck-Nipperdey I, 136; derselbe Lehmann-Festschrift II, 638; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht B I 2 a; Hilger BB 50/819; Nikisch I, 269; Reuss DAR 40/35, 36; Richardi RdA 60/401, 403; Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 107.

3) Damit sind die Musterfälle 1 und 2 oben S. 18 gelöst.

4) Dies wird wenigstens im Ergebnis von der h. L. anerkannt und wird von Hilger, Ruhegeld 140 für das Ruhegeldrecht auch ausgesprochen. Wenn dies von den in Note 2 genannten Autoren trotzdem geleugnet wird, so nur deshalb, weil ein solches Ergebnis nicht in ihr System passen würde. Vgl. etwa die gewundenen Ausführungen in BAG 21. 11. 60 AuR 61/125, es entstehe kein Anspruch der Arbeitnehmer, der Vorbehalt dürfe aber auch nicht willkürlich ausgeübt werden.

hende, ausdrücklich oder stillschweigend geäußerte Wille des Arbeitgebers gewinnt nur als Widerrufsvorbehalt [5] Bedeutung. Er berechtigt den Arbeitgeber, die eingegangene Bindung wieder einseitig zu lösen. [6] Das Widerrufsrecht ist jedoch gewissen Schranken unterworfen, insbesondere darf es nicht ohne sachlichen Grund, d.h. willkürlich ausgeübt werden. [7]

1. Soweit es sich um Lohnzulagen und Sozialleistungen aller Art - außer Ruhegeld - handelt, steht einem weitreichenden Widerrufsrecht des Arbeitgebers nichts entgegen. Jeder sachliche [8] Grund deckt den Widerruf, wie etwa Verlust, beträchtlicher Gewinnrückgang, berechtigte Investitionen oder Produktionsumstellung. [9][10] Die Kontinuitätsinteressen der Arbeitnehmer sind dabei durch diese Bindung genügend geschützt; denn die zusätzlichen Leistungen treten zum Grundlohn hinzu, und die Arbeitnehmer sind auf sie nicht entscheidend angewiesen. [11]

---

5) AA. die h.L. Sie besteht darauf, der entsprechend weit gefaßte Vorbehalt des Arbeitgebers würde eine Verpflichtung nicht entstehen lassen. Teilweise findet man aber auch allgemein den Gedanken, der Vorbehalt dürfe nicht völlig frei und willkürlich ausgeübt werden. Vgl. Zigan, Weihnachtsgratifikation, 14; Siebert in Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 117; derselbe DAR 42/133, 135; Staudinger-Weber A 290 (anders aber A 351) und LAG Stuttgart 21.1.59 BB 59/306.
Damit scheint auch hier die Tendenz auf eine Kontrolle des Arbeitgebers hinzutreiben. Dieser Fortentwicklung kommt die dargelegte Lösung entgegen.

6) Damit wird die grundsätzliche Beachtlichkeit des Vorbehalts dargetan, so daß der Musterfall 4 erklärt wird.
Durch die grundsätzliche Beachtlichkeit des Vorbehalts wird eine geschmeidige und anpassungsfähige Lösung erreicht, da der Vorbehalt auch aus den Umständen abzulesen sein kann.

7) Die Üblichkeit der Leistungen führt also materiell stets zu einer gewissen Bindung des Arbeitgebers.

8) Zum Begriff der Sachlichkeit vergleiche etwa Galperin RdA 53/169, 170 (jede vernünftige, wirtschaftliche oder soziale Überlegung); Götz Hueck, Gleichbehandlung, 184 mit weiteren Nachweisen, sowie oben S. 32 Note 64.

9) Es wird also nur in seltenen Fällen gelingen, dem Arbeitgeber Willkür nachzuweisen.

10) Neben dieser allgemeinen Ausübung des Vorbehalts kann der Arbeitgeber den Vorbehalt auch nur einem einzelnen Arbeitnehmer - also individuell motiviert - geltend machen. Dann müssen zu dieser Maßnahme sachliche Gründe (etwa Treuepflichtverletzung des Arbeitnehmers) vorliegen.

11) Die Sachlichkeit ist also Ergebnis einer Wertung, wobei auch die sich entgegenstehenden Interessen und Bedürfnisse von Arbeitgeber und -nehmer berück-

2. Das Ruhegeld nimmt dagegen eine Sonderstellung ein. Es bildet die Existenzgrundlage [12] der Arbeitnehmer und übernimmt dabei die Funktion, die dem Arbeitsentgelt während des Vertrages zukommt. Auch das vorbehaltlich zugesagte Ruhegeld bedarf deshalb einer gewissen Sicherheit, wenn es überhaupt sinnvoll sein soll. [13] Dies führt dazu, einen strengeren Maßstab anzulegen, wenn man die Sachlichkeit der Einstellungsgründe prüft. [14] Nur eine wirtschaftliche Bedrängnis wird daher zum allgemeinen Widerruf berechtigen. [15]

Bei Ruhegeldern und Hinterbliebenenrenten tritt aber dann noch eine stärkere Einschränkung der arbeitgeberischen Freiheit ein, wenn die Leistungen auf Grund einer allgemeinen betrieblichen Regelung gewährt werden [16] und den einzelnen Arbeitnehmern oder Hinterbliebenen schon Leistungen zugeflossen sind oder die Gewährung kurz bevorstand; denn die allgemeine Regelung schafft einen Anreiz, im Betrieb zu bleiben. Stellen daraufhin die Arbeitnehmer jahrelang dem Arbeitgeber ihre Arbeitskraft zur Verfügung, so können sie sich jetzt keine anderen Pensionsquellen mehr erschließen, und ein Widerruf würde sie empfindlich treffen. Die Interessenabwägung rechtfertigt deshalb die vom BAG vertretene Rechtsprechung, daß der Arbeitgeber in diesen Fällen den Widerruf nur nach billigem Ermessen [17] erklären darf.

III. Führt der Arbeitgeber eine betriebliche Übung ein, so entsteht sie einheitlich für den ganzen Betrieb. Dies ergibt sich aus zwei Gründen:

1. Der bloße Vollzug der betrieblichen Übung führt als sozialtypisches Verhal-

---

Fortsetzung der Fußnote 11 von Seite 141:
sichtigt werden. Damit wird die Interessenabwägung auch theoretisch gerechtfertigt, nachdem sie stets den praktischen Entscheidungen zugrunde gelegt wurde. Vgl. BAG 11.11.60 AuR 61, 125. Auf die Interessenabwägung weist zu Recht auch Zeuner BB 57/647, 650 hin.

12) Siebert, Sitzler-Festschrift, 248; Gros, Sitzler-Festschrift, 241; Nikisch B 54, 1021, 1022, 1023.

13) Gros, aaO., 241.

14) Daraus ergibt sich die unterschiedliche Behandlung des Vorbehalts auf den einzelnen Sachgebieten, so daß man Musterfall 5 erklären kann.

15) Auch der individuell motivierte Widerruf ist hier nur vorsichtig zuzulassen. Die persönlichen Verfehlungen müssen schwerwiegend sein.

16) Vgl. grundlegend BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt Leitsatz 3, und vom 2.10.62 AP Nr. 84 zu § 242 Ruhegehalt Bl. 2.

17) BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt Leitsatz 3, sowie BAG vom 23.10.62 AP Nr. 86 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Leitsatz, sowie die oben S. 12 genannten Entscheidungen. Das Schrifttum ist diesen Entscheidungen gefolgt.

ten allen Arbeitnehmern des Betriebes gegenüber zu einer vertraglichen Bindung, unabhängig davon, wie die einzelnen Arbeitnehmer die Übung beurteilen.

2. Aber auch, ob die Übung im Betrieb unter Vorbehalt oder vorbehaltlos entstanden ist, kann im Betrieb nur einheitlich beantwortet werden. [18] Denn der Vorbehalt gehört zum Inhalt der betrieblichen Übung und ist deshalb generell, für alle Arbeitnehmer gleichlautend, gefaßt. [19] Der einzelne Arbeitnehmer muß sich also nicht entgegenhalten lassen, gerade er habe den entgegenstehenden Willen des Arbeitgebers gekannt oder er habe ihn doch kennen müssen. [20] Umgekehrt ist eine betriebliche Übung dann unter Vorbehalt entstanden, wenn der entgegenstehende Willen des Arbeitgebers im Betrieb bekannt oder erkennbar war. [21]

§ 19 DIE ABDINGBARKEIT DER BETRIEBLICHEN ÜBUNG

I. Vom Problem des Vorbehalts ist die Abdingbarkeit zu unterscheiden. Beim Vorbehalt geht es darum, ob der Arbeitgeber eine betriebliche Übung einführen und sich dabei das Recht vorbehalten kann, die üblichen Leistungen allgemein von einem bestimmten Zeitpunkt an wegfallen zu lassen. Die Abdingbarkeit der Übung bedeutet dagegen, daß der Arbeitgeber, der eine Übung im Betrieb eingeführt hat, mit einzelnen Arbeitnehmern vereinbaren kann, daß diesen die aus der betrieblichen Übung entspringenden Rechte nicht oder nicht im üblichen Umfang zustehen sollen. Dabei lassen sich zwei Fälle unterscheiden:

1. Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigen sich, der Arbeitnehmer solle die betriebsüblichen Leistungen (Gratifikationen) nicht erhalten, so daß er also schon

---

18) RAG ARS 40/215, 219; 37/225, 228 und besonders deutlich RAG ARS 40/356, 359. Die Frage wird in der Literatur von den Vertretern einer vertraglichen Lösung nicht angeschnitten.

19) Vgl. oben S. 137.

20) Darin liegt die Lösung für die Betriebseinheitlichkeit der Übung und damit für Musterfall 3.

21) Dies gilt auch dann, wenn der betroffene Arbeitnehmer ausnahmsweise keine Möglichkeit zur Kenntnisnahme hatte, so daß ihm der Vorbehalt nicht zugegangen ist. Die Frage ist bestritten. Wie hier Rothe BlStSozArbR 54/347, 348; Hilger BB 50/819, 820; Zigan B 52/1010, einschränkend, Weihnachtsgratifikation, 11. AA. Herschel-Schröder BB 56/1073, 1075.

von der Verteilung ausgeschlossen ist. [1]

2. Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigen sich, daß der Arbeitnehmer zwar wie alle anderen an der Verteilung der üblichen Leistungen teilnimmt, daß aber der Arbeitgeber ihm gegenüber zum Widerruf berechtigt sein soll. [2]

II. Ob sich die betriebliche Übung abdingen läßt, wird meist [3] nur im Zusammenhang mit den Neueintretenden aufgegriffen. Hier taucht die Frage auf, ob der Arbeitgeber die Neueintretenden von der Übung ausschließen kann, wenn er bei Vertragsabschluß deutlich darauf hinweist. Insoweit wird die Abdingbarkeit bejaht. [4]

Von der hier vertretenen Lösung aus ergibt sich die allgemeine Abdingbarkeit zwanglos. Die betriebliche Übung entfaltet keine normative Wirkung. Sie erhält ihre rechtliche Bedeutung über den Einzelvertrag. [5] Dabei steht es den Parteien frei, ihre vertraglichen Beziehungen abweichend zu gestalten. Die Freiheit der Parteien endigt nur dort, wo das sozialtypische Verhalten eine Bindung sichern will und deshalb den Parteiwillen zurückdrängt. [6]

1. Die Parteien können vereinbaren, daß der betreffende Arbeitnehmer die üblichen Leistungen nicht erhält. Dann soll die betriebliche Übung in ihrem Verhältnis nicht gelten, und der Arbeitsvertrag wird nicht durch die Übung tatsächlich ergänzt. Die sozialtypische Bedeutung des Verhaltens steht nicht entgegen, da sie voraussetzt, daß zwischen den Parteien eine Übung besteht. [7]

---

1) Handelt es sich dabei um Gratifikationen, Tantiemen etc., also um wiederkehrende Leistungen, so wird es sichtbar, daß der einzelne eine Sonderstellung einnimmt. Beim Ruhegeld ergibt sich die besondere Stellung dagegen allein aus der Vereinbarung.

2) Der Widerrufsvorbehalt kann auch hier als allgemeiner oder als spezieller gefaßt sein. Vgl. dazu Siebert DAR 42/133 und RAG 43/148.

3) Allgemein für die Abdingbarkeit: BAG 13.10.60 B 60/1425, 1426 = AuR 61/190; Staudinger-Weber A 306; Götz Hueck, Molitor-Festschrift, 218; Richardi RdA 60/401, 405.

4) Hueck, Lehmann-Festschrift II, 645; Götz Hueck, AR-Blattei D II; Graef, Ruhegeld, 42; BAG 13.10.60 AuR 61/190.

5) Vgl. oben S. 129.

6) Vgl. oben S. 132.

7) Der Vollzug der Übung stellt ein sozialtypisches Verhalten nur gegenüber den Arbeitnehmern dar, denen gegenüber die Übung vollzogen wird. Vollzogen wird die Übung aber nur den Arbeitnehmern gegenüber, die sich auf die betrieb-

2. Die Parteien können auch bestimmen, daß der Arbeitnehmer zwar an der Übung teilhat, dem Arbeitgeber aber ein Widerrufsrecht zustehen soll.[8)9)]

3. Dagegen ist es unzulässig, daß der Arbeitgeber dem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber die Übung zwar vollzieht, aber vereinbart, aus der Übung solle keinerlei Verpflichtung entstehen. Diese Vereinbarung liefe auf einen verpflichtungshindernden Vorbehalt hinaus und scheitert deshalb an der Normierung.[10)]

§ 20 DIE BESEITIGUNG DER ÜBUNG UND DER AUS IHR ENTSTANDENEN ANSPRÜCHE

I. VORBEMERKUNG

1. Es ist von erheblichem praktischen Interesse, wie der Arbeitgeber die aus der Übung entstandenen Verpflichtungen wieder beseitigen kann. Hat der Arbeitgeber unter Vorbehalt Gratifikationen oder sonstige zusätzliche Leistungen gewährt, so kann er - wie oben dargelegt [1)] - aus sachlichen Gründen den Vorbehalt ausüben, die Zahlungen einstellen und so seine ursprüngliche Freiheit wieder gewinnen. Nun soll dargelegt werden, welche Wege es für den Arbeitgeber nach dem Stand der heutigen Entwicklung gibt, um von einer vorbehaltlosen Übung und den daraus entstandenen Ansprüchen wieder loszukommen.

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 144:
liche Übung berufen können, was durch die Vereinbarung gerade ausgeschlossen wird. Die sozialtypische Bedeutung steht also der vertraglichen Abdingbarkeit nicht im Wege.

8) Etwas anderes könnte nur gelten, wenn gerade die schematische Rechtsfolge der Betriebsüblichkeit soweit reichen würde, daß eine betriebliche Übung zwingend für alle Arbeitnehmer gelten müßte, auch wenn die Beteiligten eine andere Regelung wünschten. Das ist nicht der Fall. Die Normierung soll nur erreichen, daß tatsächliche, vertragsergänzende Übungen sich nicht im rechtsfreien Raum abspielen sollen. Sie will aber nicht zwingende betriebseinheitliche Arbeitsbedingungen normieren.

9) Im Einklang mit den in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Ansichten läßt sich damit der Musterfall 8 lösen.

10) Hier handelt es sich deshalb auch nicht eigentlich um eine Abdingung der betrieblichen Übung, sondern um eine unzulässige Abdingung der aus der Üblichkeit der Leistungen entspringenden Rechtsfolgen. Vgl. oben S. 132.

1) Vgl. oben S. 131 ff.

2. Dabei ist konstruktiv zunächst zwischen der Aufhebung der tatsächlichen Übung [2] und der aus ihr entstandenen Rechte [3] zu unterscheiden. Die tatsächliche Übung kann der Arbeitgeber ohne weiteres dadurch aufheben, daß er einen entsprechenden Entschluß tatsächlich durchsetzt.[4] Mit der bloßen Einstellung sind jedoch nicht notwendig die aus ihr entstandenen Ansprüche der Arbeitnehmer entfallen, die Gratifikationen oder sonstigen Leistungen auch in Zukunft zu erhalten. Um die Beseitigung dieser Ansprüche geht es im folgenden.

3. Soweit nun den einzelnen Aufhebungsmöglichkeiten nachgegangen wird, sollen die speziellen Rechte des Arbeitgebers außer Betracht bleiben, die sich auf Grund eines Arbeitskampfes ergeben können [5], denn hier handelt es sich um besondere Kampfakte, die den eigenen Regeln des kollektiven Kampfrechts unterliegen.

4. Untersucht man, wie der Arbeitgeber von der Verpflichtung aus einer vorbehaltlosen Übung wieder loskommen kann, so muß man beachten, daß es dabei nicht nur um die dogmatische Einordnung feststehender Ergebnisse, sondern auch um die Klärung rechtspolitisch noch offener Fragen geht. Deshalb ist zu überlegen, ob nicht im Interesse der Betriebseinheitlichkeit [6] der Übung eine einzelvertragliche Aufhebung grundsätzlich ausgeschaltet werden sollte. Da die betriebliche Übung ihrem Inhalt nach eine kollektive Erscheinung ist, wäre denkbar, daß für ihre Aufhebung auch nur kollektive Maßnahmen in Frage kämen. [7] Die

---

2) So Hueck-Nipperdey I, 140; derselbe Lehmann-Festschrift II, 643 und ihm folgend Graef, 46; Feichtinger, 110.

3) Hierzu gehören neben den schon fälligen Ansprüchen für das laufende Jahr auch die Ansprüche, in Zukunft die betriebsüblichen Leistungen zu erhalten.

4) Hueck-Nipperdey I, 140.

5) Hier kann der Arbeitgeber mit der Aussperrung eine Änderung der Arbeitsbedingungen zu seinen Gunsten herbeiführen. Ob jedoch die Aussperrung auch zur Herabsetzung oder Aufhebung der betriebsüblichen Leistungen dienen kann, hängt von der Streitfrage ab, inwieweit das Ziel eines Arbeitskampfes kollektivrechtlich sein muß. Vgl. hierzu Bertele, 60.

6) Betriebseinheitlichkeit ist jedoch nicht ohne weiteres mit betriebseinheitlicher Aufhebung gleichzusetzen. Daß die Übung nur betriebseinheitlich in dem Sinn aufgehoben werden könnte, daß kein Arbeitnehmer mehr etwas erhielte, ist sachlich nicht geboten, denn die betriebliche Übung ist auch bei Entstehung nur insoweit einheitlich, als sie nach generellen Regeln festlegt, wer Leistungen erhält. Dagegen bedeutet Betriebseinheitlichkeit nicht, daß jeder Arbeitnehmer effektiv gleichviel bekommen müßte.

7) Dies würde jedoch nicht bedeuten, daß die Übung im Betrieb nur entweder als Ganzes belassen oder aufgehoben werden könnte. Eine Änderung durch kollek-

aus dem Individualrecht stammenden Möglichkeiten (Einzelvertrag, Änderungskündigung) wären dann solchen Fällen vorbehalten, denen eine individuelle Übung zugrunde liegt.

Für ein solche Differenzierung sprache in erster Linie, daß die Gefahr einer Zersplitterung der betrieblichen Übung gebannt wäre. Indessen gibt es Fälle, in denen es gar nicht Ziel des Arbeitgebers ist, die Übung einheitlich aufzuheben oder abzuändern. So kann es für den Arbeitgeber zweckmäßig sein, statt der bisher gewährten Leistungen einem Teil der Arbeitnehmer, der sich dazu bereiterklärt, andere Leistungen zuzuwenden. [8] Das läßt sich sinnvollerweise nur erreichen, wenn er durch Einzelverträge die bestehenden Ansprüche abändern kann. Aber auch wenn der Arbeitgeber die Übung im Betrieb einheitlich beseitigen will, liegt eine einzelvertragliche Konstruktion der Aufhebung dann am nächsten, wenn sich - etwa in einem kleinen Betrieb - die einzelnen Arbeitnehmer ausdrücklich mit der Zahlungseinstellung einverstanden erklären. [9] Ein Bedürfnis, die einzelvertragliche Aufhebung generell auszuschließen, besteht deshalb nicht.

Andererseits will der Arbeitgeber die betriebliche Übung meist nach generellen Gesichtspunkten ändern oder aufheben. Hat er betriebliche Gründe, so wird er sogar die Übung einheitlich im Betrieb aufheben wollen. Nur so kann er eine fühlbare finanzielle Entlastung erreichen, ohne zugleich durch eine fragwürdige Gruppenbildung den Betriebsfrieden zu gefahrden. In diesen Fällen können sich kollektivrechtliche Gestaltungsmittel nützlich erweisen. Vom rechtspolitischen Standpunkt aus wird man also sowohl individual- als auch kollektivrechtliche Aufhebungsmöglichkeiten für wünschenswert halten. [10] Eine solche Regelung entspricht auch der hier dargelegten Eigenart der betrieblichen Übung, die zwar einzelvertraglich verankert ist, jedoch zugleich ihrem Inhalt nach eine kollektive Erscheinung darstellt.

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 146:
tive Maßnahmen hieße nur, daß generelle Gesichtspunkte bei der Festlegung der Voraussetzungen maßgebend sein müssen. Der Arbeitgeber könnte also alle "Hilfsarbeiter" von den üblichen Leistungen ausschließen, wenn triftige Gründe vorhanden wären.

8) Dies ist z.B. bei einer teilweisen Produktionsumstellung hinsichtlich seither gewährter Deputate denkbar.

9) Eine vertragliche Regelung scheint auch dann wünschenswert, wenn der Arbeitgeber mit den Neueintretenden vereinbaren will, ihnen die üblichen Leistungen nicht zu gewähren. Hier handelt es sich jedoch nicht um die Aufhebung der aus der Übung entstandenen Ansprüche, sondern um eine begonnene generelle Aufhebung der Übung selbst. Solange der Arbeitgeber dabei nicht in die Rechte der Arbeitnehmer eingreift, ist ihm dies in jeder Weise möglich.

10) Ähnlich Bobrowski-Gaul A III Rdnr. 11.

II. INDIVIDUALRECHTLICHE BESEITIGUNGSMÖGLICHKEITEN IM EINVERNEHMEN MIT DEN ARBEITNEHMERN

Verhältnismäßig einfach liegen die Fälle, in denen die Arbeitnehmer der Neuregelung nicht ablehnend gegenüber stehen.

1. Will sich der Arbeitgeber von den aus der betrieblichen Übung entstandenen Verpflichtungen lösen, so kann er zunächst mit den einzelnen Arbeitnehmern vereinbaren, daß er von seiner Leistungspflicht entbunden wird, also in Zukunft keine Gratifikationen oder Ruhegelder mehr gewähren muß. [11] Ebenso kann er mit den Arbeitnehmern den Inhalt der betrieblichen Übung so abändern, daß er in Zukunft zu andern Bedingungen oder unter Vorbehalt leistet. [12] Dogmatisch rechtfertigt sich die Möglichkeit, die Verpflichtung einzelvertraglich aufzuheben oder abzuändern, zwanglos deswegen, weil die Verbindlichkeit der Übung auf den Einzelverträgen beruht. Auf die Gründe der Aufhebung kommt es in diesen Fällen nicht an.

2. In Rechtsprechung und Lehre wird der Arbeitgeber auch dann aus der Verpflichtung entlassen, wenn er die üblichen Zahlungen tatsächlich ändert oder einstellt, und die Arbeitnehmer den Zustand eine Zeitlang unwidersprochen hinnehmen. [13] Umstritten ist jedoch, wie dies begründet werden soll. So wird angeführt, die Arbeitnehmer hätten stillschweigend auf ihre Ansprüche verzichtet, [14] wenn sie unter den veränderten Bedingungen weiterarbeiteten; oder sie hätten ihre

---

11) So h.L. Bobrowski-Gaul A III Rdnr. 11; Denecke RGRK Anm. 30 vor § 611 BGB; Feichtinger, 119; Fauth B 62/1469, 1471; Graef, 46; Heissmann RdA 55/371, 373; Hohn BB Beilage zu Heft 26/62 S. 3; Hueck-Nipperdey I, 140; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung D I a; derselbe Molitor-Festschrift, 218; Köst, 24; Nikisch I, 268; derselbe B 54/1021, 1023; derselbe NJW 54/529, 532; Richardi RdA 60/401, 405; Weichner, 48; Zigan, Weihnachtsgratifikation, 17.

12) Außerdem kann der Arbeitgeber ohne weiteres mit den Neueintretenden vereinbaren, daß ihnen die üblichen Leistungen nicht zustehen sollen. Vgl. oben Note 9.

13) H.L. Denecke RGRK Anm. 30 vor § 611 BGB; Feichtinger, 111; Heissmann RdA 55/371, 373; Heimeier B 57/1200, 1201; Hueck, Lehmann-Festschrift II, 643; derselbe in Hueck-Nipperdey I, 140; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung D I b; derselbe Molitor-Festschrift, 215; Monjau B 56/1156, 1157; Staudinger-Nipperdey-Mohnen A 204 zu § 611 BGB; Ähnlich Staudinger-Weber A 353 (andere Übung); Soergel-Siebert § 611 BGB Rdnr. 108 (entgegengesetzte Übung). Wie hier ferner die Rechtsprechung oben in der Übersicht S. 17 Note 55.

14) Die Möglichkeit eines Verzichtes wird z.B. in RAG ARS 15/138, 140 angenommen.

Rechte verwirkt, oder doch stillschweigend der vom Arbeitgeber durchgeführten Vertragsänderung zugestimmt. [15] Für den Regelfall wird man im Wege der Auslegung das Verhalten der Arbeitnehmer auch als Erklärung deuten können, sie seien mit der jetzigen Regelung einverstanden. [16] Dies muß jedoch nicht sein. So wissen möglicherweise manche Arbeitnehmer nicht, daß der Arbeitgeber die betriebliche Übung eingestellt hat. In diesem Falle wollen die Arbeitnehmer nicht auf ihre Rechte verzichten oder den Arbeitsvertrag abändern. Ihr Verhalten läßt sich deshalb nicht stets als Willenserklärung deuten. [17]

Damit ergibt sich eine ähnliche Situation wie bei der Entstehung der betrieblichen Übung. Dort führt der tatsächliche Vollzug der Übung zu einer Erweiterung der vertraglichen Beziehungen. [18] Hier zieht der Wegfall oder die Änderung der Übung eine Einschränkung der vertraglichen Pflichten nach sich, ohne daß es auf den Willen der Beteiligten ankäme. Auch hier stößt man deshalb auf ein sozialtypisches Verhalten: Der Arbeitgeber, der die Übung erkennbar ändert oder wegfallen läßt und der Arbeitnehmer, der dies längere Zeit hindurch hinnimmt, verhalten sich sozialtypisch. Ihr Verhalten bewirkt, daß der Vertrag in der praktizierten Weise abgeändert wird. [19][20]

Das gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber der Übung längere Zeit einen Vorbehalt beifügt. [21] Im übrigen kommt es auch in diesen Fällen nicht auf die Gründe an, die den Arbeitgeber zu der Neuregelung bewegten.

---

15) RAG ARS 23/200, 202; 25/55, 58.

16) Dies trifft etwa zu, wenn die Arbeitnehmer jahrelang keine Gratifikationen mehr erhalten und dabei widerspruchslos weiterarbeiten.

17) Sonst müßte man auch eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtum nach § 119 BGB zulassen, wenn sich der Arbeitnehmer der Bedeutung seines Schweigens nicht bewußt war.

18) Vgl. oben S. 124.

19) Damit wird Musterfall 6 gelöst.

20) Daraus ließe sich auch der Schlüssel zur dogmatischen Erfassung der Übung zu Lasten der Arbeitnehmer gewinnen. Jedoch bestehen gewisse Unterschiede. Der Wegfall der Übung und der aus ihr entstandenen Rechte nimmt dem Arbeitnehmer nur, was er zuvor durch zusätzliches Verhalten des Arbeitgebers erhalten hat.

21) H.L. Vgl. die Rechtsprechungsnachweise oben S. 17, sowie Hermeier B 57, 1200, 1201; Hueck-Nipperdey I, 288; Nikisch I, 415, derselbe B 54/1021, 1026; Schlessmann, Arbeitsvertrag, 251; Soergel-Siebert § 611 BGB Rdnr. 105; Staudinger-Nipperdey-Mohnen A 204 zu § 611 BGB; Staudinger-Weber A 362; Waechter, Die Weihnachtsgratifikation im Arbeitsrecht MuA 50/257; Weichner, 49; Zigan, Weihnachtsgratifikation, 19.

III. INDIVIDUALRECHTLICHE BESEITIGUNGSMÖGLICHKEITEN BEI WIDERSPRUCH DER ARBEITNEHMER

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch dann, wenn sich die Arbeitnehmer weigern, einer Änderung der Arbeitsbedingungen zuzustimmen und die üblichen Leistungen auch weiterhin verlangen. Es fragt sich, ob und wie der Arbeitgeber dann seinen Willen durchsetzen kann.

1. Ein einseitiges Lossagungsrecht des Arbeitgebers anerkennt die herrschende Meinung grundsätzlich nicht, da die betriebliche Übung Vertragsinhalt geworden sei.[22] Eine vertragliche Bindung könne der Arbeitgeber aber nicht einseitig abstreifen.

a) Daran ist zunächst richtig, daß ein einseitiges Lossagungsrecht, das an keine Gründe gebunden wäre, mit dem Gedanken einer vertraglichen Bindung unvereinbar wäre. Ferner ist zutreffend, daß sich aus der Rechtsgrundlage der betrieblichen Übung allein kein selbständiges, auf die betriebliche Übung beschränktes Lossagungsrecht herleiten läßt. Die betriebliche Übung erzeugt eine vertragliche Verpflichtung und führt deshalb zur gleichen Bindung wie jede andere vertragliche Regelung im Betrieb. Allein die Tatsache, daß es sich um faktische Verträge handelt, rechtfertigt es nicht, eine losere Bindung des Arbeitgebers anzunehmen. Wollte man anders entscheiden, so würde man die Gleichwertigkeit von rechtsgeschäftlich geschlossenen und faktischen Verträgen leugnen.[23] Es wäre aber auch sachlich nicht angemessen, Ansprüche aus betrieblicher Übung und aus ausdrücklicher vertraglicher Einheitsregelung verschieden zu bewerten. Gewährt der Arbeitgeber auf Grund einer betrieblichen Übung oder einer ausdrücklichen Ankündigung Gratifikationen oder andere zusätzliche Leistungen, so ist es sachgerecht, in beiden Fällen eine qualitativ gleiche Bindung anzunehmen, zumal die Grenze zwischen beiden Tatbeständen flüssig sein kann.

b) Es läßt sich jedoch nicht behaupten, daß die vertragliche Erfassung grundsätzlich einem einseitigen Lossagungsrecht des Arbeitgebers entgegenstünde.[24]

---

22) Vgl. besonders deutlich RAG ARS 18/416, 419, sowie BAG vom 17.4.1957 BB 57/546. Ferner Hueck, Lehmann-Festschrift II, 643; Staudinger-Weber A 319; Nikisch NJW 54/532 V; Feichtinger, 118.
Abweichend Reuss-Siebert, Konkrete Ordnung, 113 und Zeuner BB 57/647, 650.

23) Damit entfiele auch die Berechtigung, beide Formen unter einem einheitlichen Vertragsbegriff zusammenzufassen.

24) So gibt es verschiedene Änderungsrechte, die in der Natur der Sache begründet sind. Man denke neben dem im Text erwähnten Lossagungsrecht bei zusätzlichen Sozialleistungen an das Recht des Arbeitgebers, Akkordsätze zu ändern, falls sich die Grundlagen der Akkordberechnung geändert haben (Nikisch, Sitzler-Festschrift, 280, 281).

So gewährt die h.L. unabhängig von der Rechtsgrundlage [25] bei Sozialleistungen, wie Gratifikationen und Ruhegeldern dem Arbeitgeber das Recht, sich von der Verpflichtung loszusagen, wenn der Bestand des Unternehmens gefährdet ist. Doch soll das Recht auf Sozialleistungen beschränkt sein und regelmäßig nur eine vorübergehende Einstellung erlauben. [26]

Ob eine solche Einschränkung gerechtfertigt ist, mag zweifelhaft sein. Denkbar wäre nämlich auch, daß der Arbeitgeber allgemein bei zusätzlichen Leistungen das Recht hätte, unter engen Voraussetzungen die durch ausdrücklichen Vertrag oder betriebliche Übung eingegangene Verpflichtung einseitig zu lösen. [27] Ob dies möglich ist, ist jedoch keine Frage der betrieblichen Übung, sondern hängt mit der Funktion und der rechtlichen Stellung zusätzlicher Leistungen zusammen. [28] Im Rahmen dieser Arbeit kann ihr nicht weiter nachgegangen werden.

2. Stimmen die Arbeitnehmer nicht freiwillig dem Wegfall der betriebsüblichen Leistungen zu, so bleibt dem Arbeitgeber nach der Rechtsprechung nur die Änderungskündigung, um seinen Willen durchzusetzen. [29] Er muß die einzelnen Arbeitsverträge für den Fall kündigen, daß sich die Arbeitnehmer nicht mit den verschlechterten Arbeitsbedingungen einverstanden erklären. [30] Dieser Lösung ist

---

25) Hueck-Nipperdey I, 140 Note 29; Feichtinger, 19, das Lossagungsrecht entstehe auch bei ausdrücklicher Zusage.

26) Vgl. die Rechtsprechungsübersicht oben S. 16, sowie Hueck, Lehmann-Festschrift II, 644; Heimeier B 57/1200, 1201; Schlessmann B 60/1335, 1337. Ohne die Einschränkung einer vorübergehenden Einstellung Nikisch NJW 54/529, 532 und Lehrbuch I, 411.
Ein einseitiges Anpassungsrecht gibt die Rechtsprechung beim Ruhegeld, wenn sich die gesetzlichen Renten erhöht haben. Vgl. im einzelnen BAG 20.4.62 AP Nr. 83 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

27) Eine Beschränkung auf die sogenannten Sozialleistungen ist deshalb unbefriedigend, weil bei ihnen der soziale Zweck regelmäßig längst in den Hintergrund getreten ist (Vgl. etwa die Rückzahlungsvereinbarung bei Weihnachtsgratifikationen BAG 10.5.62 AP Nr. 22 zu § 611 BGB Gratifikation). Damit ist die Berechtigung geschwunden, die Leistungen einer Sonderregelung zu unterwerfen.

28) Es müßte nachgewiesen werden, daß zusätzlich Leistungen, die zum Grundlohn hinzugefügt werden, eine gewisse Sonderstellung behalten.

29) Vgl. BAG 25.4.63 AP Nr. 17 zu § 620 BGB Änderungskündigung und die Rechtsprechungsübersicht oben S. 16.

30) Er kann auch unbedingt kündigen und den Arbeitnehmern gleichzeitig anbieten, unter den herabgesetzten Bedingungen weiterzuarbeiten.

die Lehre beigetreten.[31]

Verweist man den Arbeitgeber, der sich von Ansprüchen auf Grund betrieblicher Übung befreien will, auf die Änderungskündigung, so werden verschiedene Fragen aufgeworfen.

a) Die Änderungskündigung stammt aus dem Individualrecht. Sie trägt jedoch in Form der Massenänderungskündigung kollektive Züge.[32] Daraus versucht man herzuleiten, daß die Massenänderungskündigung in Wirklichkeit gar kein individualrechtliches Gestaltungsmittel sei, sondern eine kollektive Kampfmaßnahme,[33] die nach § 23 KSchG nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliege, sondern als Agressivaussperrung zu betrachten sei.

Daß Massenänderungskündigung und Aussperrung schwer voneinander abzugrenzen sind, liegt darin, daß der Arbeitgeber in beiden Fällen auf die Arbeitnehmer Druck ausübt, um die Arbeitsbedingungen zu ihrem Nachteil abzuändern.[34] Trotzdem ist die Massenänderungskündigung nicht schlechthin dem Arbeitskampfrecht zuzurechnen und nicht mit der Aussperrung gleichzusetzen.[35] Die Aussperrung löst einheitlich die Arbeitsverträge, ohne Rücksicht darauf, ob die einzelnen Arbeitnehmer zur Vertragsänderung bereit sind. Sie begründet zugleich für die Arbeitnehmer die Aussicht, nach Ende des Arbeitskampfes wieder eingestellt zu werden. Die Änderungskündigung stellt es dagegen dem einzelnen anheim, ob er durch persönliches Nachgeben auf die neuen Arbeitsbedingungen eingehen will.[36] Tut er es, so kommt der Vertrag zu den neuen Bedingungen zustande,

---

31) Bobrowski-Gaul A III Rdnr. 11; Fauth B 62/1469; Feichtinger, 121; Herschel-Schröder BB 56/1073, 1075; Hilger, Rentenreform und betriebliche Ruhegeldzusagen BB 57/296; Hohn, Beilage zu BB Heft 26/62 S. 3; Hueck-Nipperdey I, 140; Götz Hueck AR Blattei Betriebsübung D I c; Köst, 24; Monjau B 56/1156, 1159; Nikisch I, 268 Note 55; derselbe B 54/1021, 1023; Pünnel, 53; Schlessmann, Arbeitsvertrag, 251; derselbe B 60/1335, 1337; Soergel-Siebert § 611 BGB Rdnr. 108; Staudinger-Weber A 354; Zigan, Weihnachtsgratifikation, 18. A. A. Ramm BB 64/1174, 1179.

32) Nikisch I, 702.

33) So Ramm BB 64/1174 (für den Regelfall); Herschel-Steinmann § 23 Rdnr. 2a; Vielhaber BB 53/507, 508; Zigan Anm. zu AP 54 Nr. 96 S. 343.

34) Bertele, 65; Gumpert BB 57/328; Ramm BB 64/1174.

35) Bertele, 65.

36) Nikisch I, 702; derselbe II, 97. Das führt dazu, daß der Arbeitgeber bei der Massenänderung all denen Lohn zahlen muß, die sich mit den verschlechterten Bedingungen einverstanden erklärt haben, während er bei der Aussperrung solange nicht verpflichtet ist, als noch ein Teil der Arbeitnehmer seine Zustimmung verweigert. So Ramm BB 57/1174, 1176.

ohne daß es auf das Verhalten seiner Arbeitskollegen ankäme. Die Massenänderungskündigung gehört deshalb in dieser Form dem Individualrecht an.

In der Praxis kann jedoch zweifelhaft sein, ob eine Massenänderungskündigung oder eine Aussperrung vorliegt.[37] Es wird dabei in erster Linie auf den Willen des Arbeitgebers ankommen,[38] wie er die Herabsetzung der Leistungen erreichen will.[39] Solange er jeden einzelnen vor die Entscheidung stellt, ob er die angebotene Vertragsänderung annehmen will, liegt eine Änderungskündigung vor, die als Kündigung dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt.[40]

b) Die Änderungskündigung ist nach § 1 KSchG nur zulässig, wenn sie sozial gerechtfertigt ist. Damit zieht die Rechtsprechung einen Maßstab heran, der nicht ohne weiteres mit den sonstigen Kriterien zusammenpaßt, die sie beim Widerruf und der Lossagung verwendet. So kann der Arbeitgeber, der sich einen Widerruf vorbehalten hat, die üblichen Ruhegelder nur wegfallen lassen, wenn dies billigem Ermessen entspricht.[41] Soll der Vorbehalt seinen Sinn behalten, so muß er den Widerruf erleichtern, die Änderungskündigung also an engere Voraussetzungen gebunden sein.[42] Aber auch bei Bestandgefährdung hatte der Arbeitgeber bisher nur das Recht, die Zahlungen zeitweilig einzustellen.[43] Läßt man eine Änderungskündigung zu, so führt dies deshalb zu einer Lockerung der Rechtsprechung und damit zu größerer Freiheit des Arbeitgebers.[44] Für den Richter

---

37) Nach der Auffassung des BAG 28.1.55 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl 226 RS können nur kollektive Ziele mit der Aussperrung verfolgt werden. Eine Herabsetzung übertariflicher Löhne oder zusätzlicher Leistungen ist deshalb nur durch Änderungskündigung möglich, Hueck-Nipperdey II, 646.

38) Vgl. zu den Abgrenzungskriterien Bertele, 65 ff.

39) Der Arbeitgeber hat ein Wahlrecht Nikisch I, 701, 702.

40) Daß die Änderungskündigung auch als Massenänderungskündigung dem Individualrecht angehört und dem Kündigungsschutzgesetz untersteht, vertreten Hueck KSchG § 23 Rdnr. 5; Frey AuR 58/341, 342; Hunn BB 53/507; Auffarth-Müller § 23 Rdnr. 4; Bertele, 65; BAG 28.1.55 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, vom 1.2.57 BB 57/327, während es Gumpert BB 57/328 dahinstellt. A.A. die in Note 33 Genannten.

41) Vgl. BAG 14.12.56 AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt Leitsätze 3 und 5.

42) Dies muß bei der Auslegung der vom BAG 25.4.63 AP Nr. 17 zu § 620 BGB Änderungskündigung Leitsatz 2 geprägten Formel beachtet werden.

43) Vgl. Hueck, Lehmann-Festschrift II, 644.

44) Der mit dem Kündigungsschutzgesetz bezweckte Schutz der Arbeitnehmer schlägt also in sein Gegenteil um.
Außerdem bürdet die Änderungskündigung dem Arbeitnehmer ein großes Risiko auf. Hält er die Versagung der Leistung nicht für gerechtfertigt, so muß er Kündigungsschutzklage erheben. Unterliegt er im Prozeß, so hat er nicht nur die üblichen Leistungen, sondern auch seinen Arbeitsplatz verloren.

wird sich dabei die Schwierigkeit geben, die soziale Rechtfertigung praktisch ohne Vergleichsmaßstäbe feststellen zu müssen, während er bei einer Individualänderungskündigung wenigstens die Arbeitsbedingungen der vergleichbaren Arbeitnehmer heranziehen kann.[45]

c) Schwierigkeiten ergeben sich bei der Massenänderungskündigung auch hinsichtlich der Betriebseinheitlichkeit der Übung. Sie führt zu einer Zersplitterung der Übung,[46] wenn nur einige Arbeitnehmer nachgeben und den veränderten Bedingungen zustimmen, andere aber widersprechen, Kündigungsschutzklage erheben und im Prozeß obsiegen.[47]

Die Änderungskündigung kann deshalb in ihrer bisherigen Form nicht restlos befriedigen.

IV. KOLLEKTIVRECHTLICHE BESEITIGUNGSMÖGLICHKEITEN

1. Sieht man von den Möglichkeiten des Arbeitskampfes ab, so kann der Arbeitgeber nach herrschender Meinung die aus der Übung entstandenen Rechte nicht durch einseitige kollektivrechtliche Erklärung beseitigen. Insbesondere kann er die Übung als solche nicht wie eine Betriebsvereinbarung kündigen.[48]

2. Angesichts ihres kollektiven Charakters[49] taucht aber die Frage auf, welchen Bestand die betriebliche Übung gegenüber einem nachfolgenden Kollektivver-

---

45) Bertele, 66. Auf die Massenänderungskündigung sind außerdem die Sondervorschriften des § 15 KSchG (Anzeigepflicht) und § 16 KSchG (Entlassungssperre) anzuwenden.

46) Die Änderungskündigung führt außerdem nur zum Ziel, soweit die Arbeitsverträge kündbar sind. Vgl. § 13 Abs. 1 KSchG und §§ 53 Abs. 3, 55 BAT, sowie Steinwedel B 63/1572.

47) Es bleibt dann dem Arbeitgeber überlassen, ob er aus der Feststellung, ein sozial ungerechtfertigtes Druckmittel benutzt zu haben, auch den anderen Arbeitnehmern gegenüber Konsequenzen ziehen will.

48) H.L. Bobrowski-Gaul A III Rdnr. 13; Feichtinger, 133; Heinig BlStSozArbR 51/363; Heissmann RdA 55/371, 373; Hilger BB 57/296; Herschel-Schröder BB 56/1073, 1075; Hueck-Nipperdey I, 644 Note 39 und Seite 140 Note 30; Götz Hueck AR-Blattei D III 1; Köst, 24; Nikisch I, 267, 268; Pünnel, 53; Staudinger-Weber A 320; Richardi RdA 60/401, 405 sowie die Entscheidungen der Rechtsprechungsübersicht oben S. 17 Note 54.
Abweichend LAG Bremen 18.4.51 BB 51/530, 531; Denecke, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; Zigan, Weihnachtsgratifikation, 18;

49) Vgl. oben S. 64.

trag genießt, der für die Arbeitnehmer ungünstiger ist. Da die betriebliche Übung ihrem Inhalt nach eine allgemeine Regelung darstellt, ist zu prüfen, ob sie nach dem Ordnungsprinzip [50] durch einen nachfolgenden Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung abgelöst wird.[51]

Die Rangfolge zwischen betrieblicher Übung und nachfolgendem Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ist umstritten [52]. Die hier vertretene Ansicht sieht den Geltungsgrund der betrieblichen Übung im Einzelvertrag. Die Frage nach dem Verhältnis von betrieblicher Übung zu Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag mündet damit in das allgemeine Problem, wie sich eine gleichartige, einzelvertragliche Regelung zu einem Kollektivvertrag verhält.[53] Im Rahmen dieser Arbeit kann zu der Frage nicht abschließend Stellung genommen werden. Es erscheint jedoch ein praktisches Bedürfnis dafür zu sprechen, die Ablösung der Übung durch eine andere generelle Ordnung zuzulassen; denn der Arbeitgeber hat ein Interesse daran, die kollektive Regelung, die er freiwillig geschaffen hat, durch eine kollektive Vereinbarung einheitlich auf Betriebsebene beseitigen zu können.[54] Die Interessen der Arbeitnehmer werden dabei nicht über Gebühr beeinträchtigt, da an der neuen Regelung die Interessenvertreter der Arbeitnehmer mitwirken. Verweist man dagegen den Arbeitgeber nur auf Vereinbarungen mit den einzelnen Arbeitnehmern, so wird er sich von vornherein schwerer entschließen, eine betriebliche Übung einzuführen und allgemein im Betrieb Leistungen zu gewähren.

Durchschlagende theoretische Bedenken gegen die Abänderbarkeit einer vertraglichen Einheitsregelung durch einen nachfolgenden Kollektivvertrag bestehen nicht.

---

50) Vgl. die von Nipperdey begründete Lehre vom Ordnungs- und Günstigkeitsprinzip Nipperdey, Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem AOG in Lehmann-Festschrift (1936) S. 258 ff., sowie Hueck-Nipperdey II, 416, 417.

51) Voraussetzung für die Problemstellung ist deshalb, daß man anerkennt, daß die betriebliche Übung eine kollektive Regelung enthält (Hilger BB 58/417, 418).

52) Vgl. zu den Ansichten beim Tarifvertrag und bei der Betriebsvereinbarung unten die Noten 59 und 64.

53) Für die Frage, wie der kollektive Normenvertrag zu einer kollektiven einzelvertraglichen Regelung steht, kommt es nicht entscheidend darauf an, daß die einzelvertragliche Regelung durch die Üblichkeit der Leistungen zustande kam. Auch die ausdrückliche Ankündigung, Gratifikationen oder Ruhegelder zu zahlen, führt zum gleichen Problem. Der Fragenkreis gehört deshalb nicht mehr unmittelbar zum Thema.

54) Etwa wenn der Arbeitgeber nicht das Einverständnis aller Arbeitnehmer herbeiführen kann, die betriebliche Übung abzuändern oder wegfallen zu lassen.

Zwar wird gegen die Abänderbarkeit angeführt, sie widerspreche der Vertragstreue [55], und man übersehe, wenn man sie zulasse, daß eine einzelvertragliche Regelung nur durch eine Vertragsänderung beseitigt werden könne [56]. Wieweit man jedoch diesen Gesichtspunkten ausschlaggebende Bedeutung zumißt, hängt davon ab, ob man die formelle, vertragliche Verankerung oder den kollektiven Inhalt der betrieblichen Übung in den Vordergrund rückt. [57] Anerkennt man nämlich den kollektiven Charakter der betrieblichen Übung, so ist damit auch die Möglichkeit eröffnet, die betriebliche Übung beim Zusammentreffen mit einer anderen kollektiven Regelung selbst als kollektive Regelung zu betrachten. Sie geht dann einer anderen kollektiven Ordnung nicht schon nach dem Spezialitätsprinzip deshalb vor, weil sie als formell vertragliche Ordnung die speziellere wäre. Vielmehr wird sie nach dem vom Bundesarbeitsgericht mehrfach anerkannten [58] Ordnungsprinzip durch die neue allgemeine Regelung verdrängt, auch wenn diese ungünstiger ist.

3. Prüft man das Verhältnis der betrieblichen Übung zum nachfolgenden Tarifvertrag unter diesen Gesichtspunkten, so findet man gleichwohl, daß der Tarifvertrag die günstigere betriebliche Übung regelmäßig nicht ablösen kann. [59] Die Übung ist als betriebliche Regelung gegenüber der meist überbetrieblichen tariflichen Ordnung die speziellere und bleibt nach dem Spezialitätsprinzip bestehen. [60] Selbst wenn es sich aber um einen Firmentarifvertrag handelt, so läßt

---

55) Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, 398; Götz Hueck,Molitor-Festschrift, 227.

56) Nikisch II, 429; Neumann-Duesberg,Betriebsverfassungsrecht, 396.

57) Hilger, BB 58/417, 418.

58) Vgl. BAG vom 26.10.62 AP Nr. 87 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 1 RS mit Nachweisen.

59) So Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, 397; derselbe JZ 60/325, 326; Hilger BB 58/417, 419; Götz Hueck, Molitor-Festschrift,224; Nikisch I/268; Richardi RdA 60/401, 405.
Anders die Rechtsprechung oben S. 18 Note 58.
Götz Hueck aaO., 225 weist ferner zur Begründung darauf hin, man wende das Ordnungsprinzip auch dann nicht an, wenn dem Tarifvertrag eine ungünstigere, einzelvertragliche Regelung nachfolge; darin läge nämlich ohne Frage ein unzulässiger Eingriff in die Tarifautonomie. Dann sei es aber auch bedenklich, wenn man im Falle des nachfolgenden Tarifvertrages nach dem Ordnungsprinzip den Tarifvertrag vorgehen lasse.

60) Der Tarifvertrag muß den gleichen Geltungsbereich haben, damit das Ordnungsprinzip zum Zuge kommen kann. Vgl. Hilger BB 58/417, 419; Bobrowski-Gaul A III Betr. 13; Götz Hueck, Molitor-Festschrift, 222 ff; Galperin-Siebert Vorbemerkung 90 zu § 49 BetrVG; Nipperdey, Lehmann-Festschrift (1936), 268.

sich das Ordnungsprinzip nicht anwenden, weil der Tarifvertrag nur tarifgebundene Arbeitnehmer erfaßt und damit nicht den gleichen Geltungsbereich hat [61]. Der Tarifvertrag setzt dann keine allgemeine neue Ordnung an die Stelle der alten [62], so daß die betriebliche Übung bestehen bleibt [63].

4. Anders ist es jedoch bei der Betriebsvereinbarung. Ihr Geltungsbereich deckt sich mit dem der betrieblichen Übung. Regelt die Betriebsvereinbarung den Inhalt der betrieblichen Übung, so tritt nunmehr eine neue allgemeine Ordnung an die Stelle der bisherigen. Nach dem Ordnungsprinzip wird deshalb die betriebliche Übung durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst [64], auch wenn sie günstiger [65] ist.

---

61) Götz Hueck, Molitor-Festschrift, 224 führt folgendes Argument an: gilt das Günstigkeitsprinzip zwischen individuellem Einzelvertrag und Tarifvertrag, ebenso wie zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag, so muß es auch zwischen betrieblicher Übung und Tarifvertrag gelten; denn die betriebliche Übung steht als kollektive, einzelvertragliche Ordnung zwischen individuellem Einzelvertrag und Betriebsvereinbarung.

62) Neumann-Duesberg, Kollektivertrag und Individualrecht JZ 60/525, 526; Götz Hueck, Molitor-Festschrift,525, der wie Beitzke Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu Art. 44 Truppenvertrag darauf hinweist, daß damit die Tarifungebundenen bevorzugt würden, was dem Sinn des Tarifvertrages nicht entspreche.

63) Nur wenn gleicher Geltungsbereich gegeben ist, wenn also der Firmentarif für allgemein verbindlich erklärt worden ist, kann die betriebliche Übung durch einen Tarifvertrag beseitigt werden. Vom gleichen Geltungsbereich scheinen auch die Entscheidungen des BAG vom 20.10.57 AP Nr. 11 zu Art. 44 Truppenvertrag und vom 4.2.60 AP Nr. 7 zu § 4 TVG Leitsatz 2 auszugehen. Vgl. dazu auch BAG vom 26.10.62 AP Nr. 87 zu § 242 Ruhegehalt Bl. 1 RS mit einer entsprechenden Einschränkung.

64) So Bobrowski-Gaul A III Rdnr. 13; ähnlich Denecke RGRK Anm. 30 vor § 611 BGB; Feichtinger,130; Frey AuR 60/302, 304; Graef, 46 (zögernd); Heimeier B 57/1200, 1201; Heissmann RdA 55/371, 373; Hilger BB 58/417, 419; Köst, 24 (zögernd); Nikisch I, 268; derselbe NJW 54/529, 532; Zeuner BB 57/647, 649, sowie die Rechtsprechung oben S. 17 Note 57.
A. A. Herschel-Schröder BB 56/1073, 1075; Götz Hueck AR-Blattei Betriebsübung I, Übersicht D III 2; derselbe Molitor-Festschrift,228; Neumann-Duesberg,Betriebsverfassungsrecht, 397; Roesch BlStSozArbR 50/349, 350; Richardi RdA 60/401, 404; Staudinger-Weber A 355; Weichner, 52.

65) Soweit man die betriebliche Übung bestehen läßt, soll doch eine Ausnahme für den Fall gemacht werden, daß die Übung die Abänderbarkeit selbst vorsieht, etwa weil sie nur solange gelten soll, bis die Frage der zusätzlichen Leistun-

Fortsetzung der Fußnote 65 von Seite 157:
gen kollektivvertraglich geregelt wird. So Götz Hueck, Molitor-Festschrift, 228; derselbe AR-Blattei Betriebsübung I, Übersicht D III 2; Beitzke Anm. zu AP Nr. 11 zu Art. 44 Truppenvertrag; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, 397; derselbe BB 60/525, 526 (für den Tarifvertrag); Richardi RdA 60/401, 404; Tophoven Anm. zu AP Nr. 7 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip (für den Tarifvertrag). Auch das BAG vom 26. 10. 62 AP Nr. 87 zu § 242 BGB Ruhegehalt Bl. 2 verwendet diese Begründung hilfsweise.
Dann steht die betriebliche Übung unter der auflösenden Bedingung einer kollektivvertraglichen Regelung. Der Vorrang der Betriebsvereinbarung oder des Tarifvertrags beruht dann nicht darauf, daß im Kollisionsfall die nachfolgende Regelung die frühere aufhebt. Vielmehr entsteht gar keine Kollision, da nach dem Parteiwillen die betriebliche Übung dann enden soll, wenn ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung ihren Inhalt regelt.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AA	= Anderer Ansicht
aaO	= an angegebenem Ort
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
AG	= Der Arbeitgeber
Anm.	= Anmerkung
AOG	= Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.34
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
ARS	= Arbeitsrechtssammlung
ARSt	= Arbeitsrecht in Stichworten
AuR	= Arbeit und Recht
AR-Blattei	= Arbeitsrechts Blattei, Handbuch für die Arbeitsrechtspraxis
B	= Betrieb
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BB	= Der Betriebsberater
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.54
BGBl	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlStSozArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BSG	= Bundessozialgericht
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DAR	= Deutsches Arbeitsrecht
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
E	= Entscheidungen Amtliche Sammlung
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz vom 10.8.51
LAG	= Landesarbeitsgericht
LAG	= Lastenausgleichsgesetz
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MuA	= Mensch und Arbeit
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OGH	= Oberster Gerichtshof für die Britische Zone

OVG	= Oberverwaltungsgericht
PrALR	= Preußisches Allgemeines Landrecht
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RdA	= Recht der Arbeit
Rdnr	= Randnummer
RG	= Reichsgericht
RGBl	= Reichsgesetzblatt
RGRK	= Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RS	= Rückseite
SAE	= Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SozPrax	= Soziale Praxis
StGB	= Strafgesetzbuch
TOA	= Tarifordnung A für Angestellte im öffentlichen Dienst
TVG	= Tarifvertragsgesetz vom 9.4.49
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VRspr	= Verwaltungsrechtsprechung
VVG	= Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.60
WA	= Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung
ZGStW	= Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht

LITERATURVERZEICHNIS

Achilles-Greiff	Bürgerliches Gesetzbuch. 19. Auflage 1949
Auffarth-Müller	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz 1960
Bachof	Die Verwaltungsrechtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung 1951
derselbe	Festschrift für Laforet 1952
Bärmann	Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge 1948
Bauer	Das einseitige Rechtsgeschäft als Verpflichtungsgrund. Diss. Tübingen 1955
Baum	Das Recht des Arbeitsvertrages 1911
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht 15. neubearbeitete Auflage 1962
Beine	Ruhegeld I Übersicht in AR-Blattei
Berger	Rechtsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts zur Weihnachtsgratifikation BB 56/1071 ff
Bertele	Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung. Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht Band 9 1960
Betti	Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse. Lehmann-Festschrift zum 80. Geburtstag 1956 1. Band S. 253 ff
Bobrowski	Das Arbeitsrecht 1952
Bobrowski-Gaul	Das Arbeitsrecht im Betrieb 4. vollständig überarbeitete Auflage 1962
Boehmer	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung 2. Buch 1. Abteilung 1951 2. Abteilung 1952.
Bötticher	Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht RdA 53/161 ff
derselbe	Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht. Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 23 1956
Brecht	Kündigung von Betriebsnormen BB 51/965 ff

Brox	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung 1960
Bruck-Möller	Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz 8. Auflage 1953
v. Brunn	Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der Deutschen Wirtschaft 2. Auflage 1956
Butz	Der Arbeitsvertrag in seiner zweckmäßigsten Form 1957
Danz	Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB. Iherings-Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts Band 46 1904
Denecke	Das Bürgerliche Gesetzbuch herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Berufsrichtern 11. Auflage II. Band 1. Teil. Einzelne Schuldverhältnisse §§ 433-704 1959
derselbe	Die Konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle DAR 40/141 ff
Dernburg	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts 1. Band 1875
derselbe	Die Schuldverhältnisse 1. Abteilung 1. u. 2. Auflage 1899
Dietz	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung 3. neu bearbeitete und vermehrte Auflage 1960
derselbe	Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht. Schriften der Gesellschaft für sozialen Fortschritt e.V. Band 6.
Drüen	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Arbeitsrecht. Diss. Münster 1957
Dürig	Grundgesetz. Kommentar, herausgegeben von Theodor Maunz und Günter Dürig 1959
Eichler	Die Rechtslehre vom Vertrauen 1950
Engelschall	Gleichbehandlung im Arbeitsrecht unter Berücksichtigung verwandter Erscheinungen in anderen Rechtsgebieten. Diss. Hamburg 1955
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse 15. Auflage 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 15. neu bearbeitete Auflage 1. Halbband 1959. 2. Halbband 1960

Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 3. neu bearbeitete Auflage in zwei Bänden 1962
Esser	Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil 2. vollkommen neu bearbeitete Auflage 1960
derselbe	Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen 1953
derselbe	Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse" AcP 157/86 ff
derselbe	Grundsatz und Norm 1956
Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 3. neu bearbeitete Auflage 1962
Fauth	Rechtsfragen zur Weihnachtsgratifikation B 62/1469
derselbe	Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht BlStSozArbR 59/10 ff.
Fechner	Die Wirklichkeit als Rechtsquelle im Arbeitsrecht ZGStW 102/78 ff 1942
Feichtinger	Die Bedeutung der Betrieblichen Übung für die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Diss. München 1957
Fitting-Kraegeloh-Auffarth	Betriebsverfassungsrecht nebst Wahlordnung Handkommentar für die Praxis 6. neu bearbeitete Auflage 1962
Fleiner	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 1939
Flume	Rechtsgeschäft und Privatautonomie in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift Deutscher Juristentag 1960 S. 135 ff
Frey	Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht 1954
derselbe	Der Begriffsinhalt des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht AuR 60/37 ff
derselbe	Allgemeine Regeln bei der Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht AuR 60/168 ff
derselbe	Die Konkrete Ordnung im Betrieb und die Übung im Betrieb als versuchte Dogmatisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht AuR 60/302 ff.
derselbe	Die Normentheorie als versuchte Dogmatisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht AuR 61/110 ff

Fuchs	Der Gratifikationsanspruch des Arbeitnehmers. Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig. 27. Heft 1931
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Band 8. neu bearbeitete Auflage 1961
Galperin	Der Grundsatz der Gleichbehandlung RdA 53/169 ff
derselbe	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, bearbeitet von Galperin und Siebert 3. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1958
Gernhuber	Formnichtigkeit und Treu und Glauben in Festschrift für Schmidt-Rimpler 1957 S. 151 ff
J.v. Gierke	Handels- und Schiffahrtsrecht 8. vermehrte und verbesserte Auflage 1958
O.v. Gierke	Deutsches Privatrecht 1. Band 1895
v. Godin	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1953
Graef	Die Betriebliche Altersfürsorge. Schriftenreihe der Landesvereinigung der Industriellen Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalens e.V. Heft 14 1960
Gros	Handwörterbuch des Arbeitsrechts für die Tägliche Praxis 2. neu bearbeitete Auflage 1960
derselbe	Gratifikation I Übersicht in AR-Blattei
derselbe	Rechtliche Bindung des Arbeitgebers an Betriebliche Sozialleistungen in Festschrift für Sitzler 1956 S. 227 ff
Gros-Elwert	Handwörterbuch des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts für die Tägliche Praxis 1956
Grossmann-Doerth	Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und Staatliches Recht. Freiburger Universitätsreden Heft 10 1933.
Gumpert	Gleichbehandlung bei der Betrieblichen Altersversorgung BB 58/196.
Haupt	Über faktische Vertragsverhältnisse. Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien Heft 124 1943
Heck	Grundriß des Schuldrechts 1929
Heimeier	Einzelfragen zur Weihnachtsgratifikation B 57/1200 ff

Heinig	Arbeitsrechtliche Rechtsprechung zur Frage der Weihnachtsgratifikation BlStSozArbR 51/363 ff
Heissmann	Die Betrieblichen Ruhegeldverpflichtungen Völlig neu bearbeitete und stark erweiterte 4. Auflage 1961
derselbe	Betriebliche Übung und Ruhegeldverpflichtungen BB 58/633 ff
derselbe	Die Wichtigsten Rechtsfragen der Betrieblichen Altersversorgung RdA 55/371 ff
Herschel	Die "Konkrete Ordnung" des Betriebes SozPrax 41 Sp. 49 ff
derselbe	"Konkrete Ordnung" des Betriebes, Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte DAR 41/72 ff
Herschel-Schröder	Weihnachtsgratifikation und Vorbehalt der Freiwilligkeit BB 56/1073
Herschel-Steinmann	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz 5. Auflage 1961
Hilger	Zum Recht der Weihnachtsgratifikation BB 50/819 ff
dieselbe	Handbuch der Betrieblichen Altersversorgung. Herausgegeben von A. Weiss 1955
dieselbe	Änderung und Aufhebung betriebseinheitlich geltender Arbeitsbedingungen BB 58/417 ff
dieselbe	Das Betriebliche Ruhegeld 1959
A. Hueck	Die Rechtliche Bedeutung der Betrieblichen Übung in Festschrift für Lehmann zum 80. Geburtstag 1956 Band II S. 633 ff.
derselbe	Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts. 6. völlig neu bearbeitete Auflage 1. Band 1959
derselbe	Der Treuegedanken im modernen Privatrecht 1947
derselbe	Arbeitsvertragsrecht 1922
derselbe	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz 4. Auflage 1961
derselbe	Der Rechtsanspruch auf Ruhegeld DAR 38/124 ff
Götz Hueck	Zur kollektiven Gestaltung der Einzelarbeitsverhältnisse. Festschrift für Molitor 1962 S. 203 ff
derselbe	Betriebsübung I Übersicht in AR-Blattei

Götz Hueck	Grenzen der anspruchsbegründenden Wirkung der betrieblichen Übung BB 55/800 ff
derselbe	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht 1958
derselbe	Die Rechtsprechung zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht B 56/352 ff
Huber	Wirtschaftsverwaltungsrecht. Zweite neu bearbeitete und erweiterte Auflage. 2. Band 1954
Ernst Jacobi	Die Theorie der Willenserklärungen 1910
Erwin Jacobi	Grundlehren des Arbeitsrechts 1927
Walter Jellinek	Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913
derselbe	Verwaltungsrecht 3. Auflage, unveränderter Neudruck 1948
Georg Jellinek	Allgemeine Staatslehre 3. Auflage 1929 5. Neudruck
Kaskel-Dersch	Arbeitsrecht 5. Auflage 1957
Klein	Arbeitsrecht der Praxis 3. Auflage 1942
Klinger	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 1960
Koehler	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 1960
Köst	Arbeitsrecht Dr. Ksolls Juristische Kurzlehrbücher Band 15 1960
Krause	Schweigen im Rechtsverkehr 1933
Kunkel	Gleichmäßige Behandlung im Arbeitsrecht B 53/693 ff
Lange	BGB Allgemeiner Teil 5. durchgesehene und ergänzte Auflage 1961
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1962
derselbe	Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund DRiZ 58/245 ff
derselbe	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Zweite, neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1957
derselbe	Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts 1930

Larenz	Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten NJW 56/1897 ff
Lehmann	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Auflage 1960
derselbe	Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen ZHR 79/57 ff
R. Lehmann	Entwicklung und Inhalt der Fürsorgepflicht des Unternehmens. Zweite durchgesehene Auflage 1940
Leisner	Grundrechte und Privatrecht 1960
Macris	Die stillschweigende Vollmachtserteilung 1941
Manigk	Das Rechtswirksame Verhalten 1939
derselbe	Irrtum und Auslegung 1918
Maus	Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht 1. Band Das Arbeitsverhältnis 1948
derselbe	Fürsorgepflicht in Handbuch des Arbeitsrechts V Teil F
Monjau	Die Weihnachtsgratifikation B 56/1156
Molitor	Schuldrecht I Allgemeiner Teil 6. durchgesehene und ergänzte Auflage 1959
derselbe	Gleichbehandlung im Arbeitsrecht I Übersicht in AR-Blattei
derselbe	Freiwillige Gratifikationen B 50/315 ff
Naendrup	Die Ersitzung als Rechtsscheinswirkung. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Band III 1929
Nastelski	Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern 11. Auflage I. Band 2. Teil Recht der Schuldverhältnisse §§ 241-432. 1960
Nebinger	Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil Zweite erweiterte Auflage 1949
Neumann-Duesberg	Betriebsverfassungsrecht 1960
Neumann-Nipperdey-Scheuner	Die Grundrechte Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte 2. Band 1954

Nikisch	Arbeitsrecht I. Band Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht. Dritte erweiterte und völlig neu bearbeitete Auflage 1961
derselbe	Arbeitsrecht I. Band Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht. Zweite erweiterte und völlig neu bearbeitete Auflage 1955
derselbe	Arbeitsrecht II. Band 1959
derselbe	Die sogenannte Änderungskündigung Sitzler-Festschrift 1956 S. 265 ff
derselbe	Rechtsgrundlagen des Ruhegeldanspruches NJW 54/529
derselbe	Weihnachtsgratifikationen B 54/1021
Nipperdey	Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts II. Band 3.-5. Auflage 1957
derselbe	Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung Sitzler-Festschrift 1956/79 ff
Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil. Dritte umgearbeitete Auflage 1927
derselbe	Deutsches Arbeitsvertragsrecht mit Einschluß der Arbeitskämpfe 1923
derselbe	Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein ZHR 95/443
Palandt	Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 22. Auflage 1963
Planck-Siber	Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Band Recht der Schuldverhältnisse (besonderer Teil) 4. völlig neu bearbeitete Auflage 1928
Pünnel	Was man vom Arbeitsrecht wissen sollte. Zweite erweiterte und neu bearbeitete Auflage 1960
Putzo	Die Grenzen des arbeitsrechtlichen Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung. Diss. München 1953.
Raiser	Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht ZHR 111/75 ff
derselbe	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift Deutscher Juristentag S. 101 ff 1960

Raiser	Wolff-Raiser Sachenrecht 10. Bearbeitung 1957
Reuss	Reuss-Siebert Die Konkrete Ordnung des Betriebes 2. Auflage 1942
derselbe	Die Konkrete Ordnung im Betrieb DAR 40/35 ff
Rewolle-Köst	Handkommentar zum Arbeitsrecht 1953
Richardi	Die betriebliche Übung - ihre rechtliche Bedeutung - insbesondere ihr Verhältnis zur Betriebsvereinbarung RdA 60/401 ff
Riezler	Venire contra factum proprium 1912
Rhode	Die Willenserklärung und der Pflichtgedanke im Rechtsverkehr 1938
Roesch	Rechtsanspruch auf Gratifikation BlStSozArbR 50/349 ff
Rosenberg	Die Beweislast 4. Auflage 1956
Savaete	Grundfragen des Arbeitsrechts 1949
Schlegelberger-Hildebrandt	Handelsgesetzbuch Dritte überarbeitete und ergänzte Auflage 3. Band 1956
Schlegelberger-Vogels	Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 Allgemeiner Teil 1939
Schlessmann	Die Weihnachtsgratifikation B 60/1335 ff
derselbe	Der Arbeitsvertrag 1960
Schmidt	Bürgerliches Recht 1. Band Allgemeiner Teil. Zweite, neu bearbeitete Auflage 1952
R. Schmidt	Die Obliegenheiten 1953
Carl Schmitt	Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Schriften der Akademie für Deutsches Recht 1934
Schnorr v. Carolsfeld	Arbeitsrecht. Zweite neu bearbeitete Auflage 1954
Schunck- De Clerck	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 1961
Siebert	Reuss-Siebert Die Konkrete Ordnung des Betriebes 2. Auflage 1942
derselbe	Unternehmerrisiko, betriebliche Übung und Arbeitsvertrag BB 55/869 ff

Siebert	Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht. Schriften der Gesellschaft für sozialen Fortschritt e.V. Band 6 S.47ff
derselbe	Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung 1934
derselbe	Faktische Vertragsverhältnisse. Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 41. 1958
derselbe	Der Vorbehalt des Widerrufs oder der Freiwilligkeit bei zusätzlichen sozialen Leistungen DAR 42/133 ff
Sieg	Wesen und Geltung der Betriebsübung RdA 55/441 ff
derselbe	Der Tarifvertrag im Blickpunkt der Dogmatik des Zivilrechts AcP 151/246 ff
Siegel	Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde AcP 111/1 ff
Sinzheimer	Grundzüge des Arbeitsrechts. Zweite erweiterte und völlig umgearbeitete Auflage 1927
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch I. Band Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse Allgemeiner Teil §§ 1-432 9. neubearbeitete Auflage 1959
derselbe	Bürgerliches Gesetzbuch II. Band Recht der Schuldverhältnisse Besonderer Teil §§ 433-853 9. Auflage 1961
Staudinger-Brändl-Coing	Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Band Allgemeiner Teil, bearbeitet von Brändl und Coing 11. Auflage 1957
Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann	Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Band Schuldverhältnisse 3. Teil §§ 611 - 704; 11. neu bearbeitete Auflage 1958
Staudinger-Weber	Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Band Teil 1 b § 242 11. neu bearbeitete Auflage 1961
v. Thur	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches 1. Band 1910. 2. Band 1. Hälfte 1914 2. Hälfte 1918
Titze	Die Lehre vom Mißverständnis 1910

v. Turegg	Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Dritte neu bearbeitete Auflage 1956
Waechter	Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz BlStSozArbR 57/361 ff
Warneyer	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1932
Weichner	Die Gratifikation. Diss. München 1957
Weiss	Handbuch der betrieblichen Altersversorgung 1955
Westermann	Lehrbuch des Sachenrechts. Vierte vermehrte und verbesserte Auflage 1960
Wieacker	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB 1956
derselbe	Das BGB im Wandel der Gesellschaftsordnungen 1948
derselbe	Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten. Göttinger Festschrift für das OLG Celle 1961
Wolff	Verwaltungsrecht I. Vierte neu bearbeitete Auflage 1961
Zeuner	Zum Problem der betrieblichen Übung BB 57/647 ff
Zigan	Die Weihnachtsgratifikation 3. Auflage 1952
derselbe	Die Weihnachtsgratifikation B 51/958 ff
derselbe	Die Weihnachtsgratifikation B 52/1010

L E B E N S L A U F

Am 6. September 1936 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Dr. jur. Siegfried Bollacher und dessen Ehefrau Eugenie, geb. Kellenbenz in Heilbronn geboren. Ich besuchte die Volksschule in Stuttgart und Mundelsheim am Neckar, von 1946-1951 das Progymnasium Besigheim, danach das Friedrich Schiller-Gymnasium in Ludwigsburg, wo ich am 4.3.1955 die Reifeprüfung ablegte. Anschließend studierte ich 9 Semester Rechtswissenschaft, davon insgesamt 7 Semester an der Universität Tübingen, das 4. Semester an der Universität München und das 5. Semester an der Universität Hamburg. Nach der ersten juristischen Staatsprüfung am 16.12.1959 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg ein, den ich mit der zweiten juristischen Staatsprüfung am 7.6.1964 beschloß. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.